



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.673 - RJ (2017/0164495-3)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. PIS/PASEP. 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. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. O Tribunal *a quo* considerou a data do ajuizamento da ação anulatória, em 2006, e aplicou a sistemática posterior à LC nº 118/2005, para reconhecer a prescrição quinquenal dos valores de PIS/PASEP indevidamente recolhidos.
2. Merece reforma o 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.
3. Consolidou-se no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil - CPC (RE 566.621, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Repercussão Geral - mérito, DJe-195), o entendimento no sentido de que no caso de o 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 118/2005.
4. Deve ser reconhecido o direito da recorrente à restituição/compensação do indébito tributário nos dez anos anteriores ao seu pedido administrativo, uma vez que este foi protocolado anteriormente à vigência da LC nº 118/05.
5. Agravo interno provido, para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando provimento ao agravo interno a fim de conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, que lavrará o acórdão.

Vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin." Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Og Fernandes e Assusete Magalhães.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2022.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0164495-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no REsp 1.683.673 / RJ**

Números Origem: 00163663820064025101 200651010142691 200651010163669

PAUTA: 06/06/2019

JULGADO: 06/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPJ - Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - Retido na fonte

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0164495-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no REsp 1.683.673 / RJ**

Números Origem: 00163663820064025101 200651010142691 200651010163669

PAUTA: 06/06/2019

JULGADO: 11/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO HELIOFAR DE JESUS VILLAR

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPJ - Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - Retido na fonte

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"Retirado de Pauta por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.673 - RJ (2017/0164495-3)

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO:

Votei vencido entendendo que assiste razão ao recorrente no tocante ao conhecimento do recurso especial.

De fato a questão apresentada no presente recurso especial não atrai o comando da súmula 7/STJ, tendo em vista que os fatos necessários para a análise da matéria de direito se encontram no âmbito do acórdão recorrido.

Não obstante, ainda que cognoscível o recurso especial, este não deve ser provido.

Conforme observado na decisão proferida pelo Tribunal de origem, o pedido de restituição foi negado pela SRF em 23/07/2004. Entretanto, como a ação anulatória de débito fiscal foi ajuizada em 24/08/2006, o julgador aplicou o prazo prescricional, em conformidade com a sistemática estabelecida pela LC 118/2005.

Apesar de equivocada tal aplicação, tendo em vista que a hipótese dos autos não é de ação na qual se pleiteia a restituição de indébito tributário, mas de ação anulatória de ato administrativo que denega a restituição do tributo, observa-se que, ainda sim, ocorre a prescrição. Não aquela prevista no art. 168 do CTN, mas aquela mencionada no art. 169 do mesmo diploma legal, *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 judicial da Fazenda Pública interessada.

Gize-se, por oportuno, que o evento que baliza a prescrição, nesse caso, é o pedido de restituição, negado em 23/07/2004, e não o pedido de compensação, cuja homologação foi negada sem que a data do ato administrativo conste do corpo do acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido. Isso porque o indeferimento da homologação da compensação está vinculada ao indeferimento da restituição, não sendo o indeferimento da compensação, pelo menos na hipótese dos autos, o ato que determine a contagem do prazo prescricional.

Nesse panorama, observado que a decisão que denegou a restituição tributária foi exarada em 23/07/2004 e a ação anulatória foi ajuizada em 23/08/2006, observa-se a fruição do prazo prescricional bienal, constatada assim a prescrição da ação, a teor do art. 169 do CTN.

Neste diapasão, confirmam-se:

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO FUNDADO NO CPC/73. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO FISCO QUE REJEITA PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO FORMULADO PELO CONTRIBUINTE. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL ANULATÓRIA. DOIS ANOS A CONTAR DA CIÊNCIA DO INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 169 DO CTN.

1. O contribuinte que formula pleito de compensação na via administrativa dispõe de dois anos, a contar da ciência da resposta que o denega, para ingressar em juízo com a respectiva pretensão anulatória, nos termos do art. 169 do CTN.

2. Caso concreto em que o contribuinte tomou ciência do indeferimento de seu pedido administrativo em 24/02/2005, tendo protocolado a respectiva ação judicial anulatória em 07 de junho do mesmo ano, ou seja, dentro do biênio previsto no art. 169 do Código Tributário Nacional, não havendo, por isso, falar em prescrição.

3. Recurso especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

(REsp 1180878/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018)

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 1219078/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno para conhecer e negar provimento ao recurso especial da TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

É o voto vencido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.673 - RJ (2017/0164495-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. PIS/PASEP. 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. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. O Tribunal *a quo* considerou a data do ajuizamento da ação anulatória, em 2006, e aplicou a sistemática posterior à LC nº 118/2005, para reconhecer a prescrição quinquenal dos valores de PIS/PASEP indevidamente recolhidos.
2. Merece reforma o 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.
3. Consolidou-se no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil - CPC (RE 566.621, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Repercussão Geral - mérito, DJe-195), o entendimento no sentido de que no caso de o 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 118/2005.
4. Deve ser reconhecido o direito da recorrente à restituição/compensação do indébito tributário nos dez anos anteriores ao seu pedido administrativo, uma vez que este foi protocolado anteriormente à vigência da LC nº 118/05.
5. Agravo interno provido, para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se de agravo interno no recurso especial interposto por Telemar Norte Leste S/A - em recuperação judicial, contra decisão que não conheceu do recuso especial, ao fundamento de que para rever a posição do Tribunal *a quo* e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, incidindo, na hipótese, o óbice da Súmula 7/STJ.

Nas razões do agravo interno, a agravante alega que "não há qualquer matéria de fato a ser analisada no julgamento do recurso especial em testilha, exceto a data dos pagamentos e da declaração de compensação (que já constam no acórdão agravado)".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O ilustre Ministro Relator Francisco Falcão mantém, no agravo interno, a aplicação da Súmula 7/STJ.

Data Vênia, discordo do Relator quanto ao ponto, uma vez que os fatos foram bem delineados no acórdão recorrido, que assim definiu a celeuma: "A controvérsia estabelecida reside em saber se houve quitação do IRRF de 01/2004, com o indébito decorrente do recolhimento indevido ou a maior do PIS/PASEP de 08/89 a 12/95, através da Declaração de Compensação às fls. 62/75, apresentada em 07/01/2004".

Passo, assim, à análise do mérito.

O Tribunal de origem entendeu que a pretensão autoral de compensação/restituição encontra-se alcançada pela prescrição quinquenal. Para tanto, afirmou que o prazo de cinco anos definido na LC nº 118/2005 deverá incidir sobre todas as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova lei, em 09/06/2005. Desse modo, concluiu que "no caso dos autos, a presente ação anulatória foi ajuizada em 24/08/2006, quando já em vigor a LC nº 118/05, de modo que a repetição de eventual indébito, quer pela via da restituição ou da compensação, deveria observar o prazo quinquenal".

Deveras, o Tribunal *a quo* considerou a data do ajuizamento da ação anulatória, em 24/08/2006, e aplicou a sistemática posterior à LC nº 118/2005, para reconhecer a prescrição quinquenal dos valores de PIS/PASEP indevidamente recolhidos antes de 22/02/2003, esvaziando a pretensão da recorrente. Merece, portanto, ser reformado acórdão recorrido, no ponto em 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, confirmam-se os seguintes precedentes:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO FEITO.

[...]

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.

(AgRg no REsp 1.316.775/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 17/09/2015)

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. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para afastar a prescrição.

(EDcl nos EDcl no REsp 1035830/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010)

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.

[...]

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 799.564/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 225)

Ademais, foi consolidado no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil - CPC, (RE 566.621, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Repercussão Geral - mérito, DJe-195) o entendimento no sentido de que no caso de o 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 1.110.578/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21.5.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08.

Nas razões do recurso especial, a recorrente reivindica a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS/PASEP nos anos de 1994 e 1995, cuja declaração de compensação apresentou em janeiro de 2004 (e-STJ fl. 500).

Nesse contexto, não há que se falar em prescrição nos dez anos anteriores ao pedido de compensação.

Afastada a prescrição do indébito, devem retornar os autos à origem para que sejam analisadas as demais questões suscitadas pela parte recorrente, referentes à existência do crédito de PIS/PASEP utilizado na compensação, com base na inconstitucionalidade nos Decretos nº 4225/88 e 2449/88, a aferição do montante indevidamente recolhido, bem como a sua suficiência para o encontro de contas e quitação do IRRF de 01/2004.

Pelas razões expostas, peço vênias ao Relator e DOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de afastar a prescrição nos dez anos anteriores ao pedido de compensação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.673 - RJ (2017/0164495-3)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL**
ADVOGADOS : **DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282**
 SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
 EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
 FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
 EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: O Recurso Especial é oriundo de "Ação Anulatória de Débito Fiscal" movida pela recorrente contra a Fazenda Nacional (fl. 4, e-STJ).

O pedido deduzido na demanda não diz respeito à anulação de decisão administrativa, mas à nulidade do débito de IRRF da Telemar Norte Leste S/A, referente à competência janeiro/2004. Com efeito, é possível verificar que a pretensão deduzida em juízo contém como pedido imediato a "desconstituição do débito fiscal referente ao IRRF de janeiro de 2004" (fl. 21, e-STJ). Não se trata, portanto, de ação anulatória de decisão administrativa, mas de anulatória do débito fiscal – aliás, a própria agravante assim denominou a causa (fl. 4, e-STJ).

A empresa, valendo-se do instrumento instituído pelo art. 74 da Lei 9.430/1996, informou a extinção do crédito tributário de IRRF, por ela apurado e comunicado oficialmente em DCTF no montante em R\$1.664.593,52 (valor histórico) – um milhão, seiscentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e dois reais –, fazendo-o por meio de Declaração de Compensação.

Apontou (a agravante) que o crédito tributário foi extinto por compensação, indicando que a origem de seu crédito contra o Fisco tem origem no Pedido Administrativo de Restituição de Indébito, protocolado em 29.9.2000, referente aos valores recolhidos a maior, a título de contribuição ao PIS, no período de 1989 a 1995 (vigência dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988) – no caso, os valores haviam sido indevidamente recolhidos por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empresa que foi por ela incorporada.

Diz a Telemar, enfim, que apurou saldo credor e usou fração desse crédito para quitar integralmente, mediante compensação, o valor do IRRF devido em janeiro de 2004.

Ocorre que a autoridade administrativa, em julho de 2004, indeferiu o Pedido Administrativo de Restituição de Indébito – e, por consequência, não homologou a Declaração de Compensação a ele vinculada –, ao fundamento de que os recolhimentos efetuados entre 1989 a 1995 estavam fulminados pela prescrição quinquenal (art. 168 do CTN).

A tese por ela defendida, com a intenção de anular o débito de IRRF em janeiro/2004, é de que, antes das alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, o prazo prescricional dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação era de dez (10) anos (tese dos "cinco mais cinco").

No judicioso Voto do Ministro Francisco Falcão, entendeu-se reconsiderar a incidência da Súmula 7/STJ (na decisão monocrática), para, apreciando o mérito do Recurso Especial, aplicar o **prazo de prescrição** do art. 169 do CTN, que assinala prazo prescricional de dois anos para ajuizamento de **ação anulatória da decisão administrativa denegatória da restituição**.

No entanto, conforme dito acima, **a hipótese concreta não versa sobre esse tipo de demanda**, pois o pedido deduzido na inicial não se destina a anular a decisão administrativa proferida no Pedido de Restituição, mas se volta diretamente à **anulação do débito fiscal**. Aliás, o acórdão do Tribunal de origem não assinalou a existência de tal fato (pedido de anulação de decisão administrativa e a disciplina do respectivo prazo prescricional), portanto, não houve sequer prequestionamento a respeito do art. 169 do CTN.

Toda a questão relacionada com a tramitação administrativa do Pedido de Restituição constitui simples fundamento (*causa petendi*), inconfundível com o pedido. Ou seja, o objeto da demanda não é a decisão administrativa, mas o reconhecimento da nulidade, com a consequente desconstituição, do débito propriamente dito de IRRF, confessado em Declaração de Compensação, ao argumento de que o IRRF de janeiro de 2004 foi regularmente extinto pelo "encontro de contas" com créditos seus, que, alegadamente, não estavam prescritos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Pedido Administrativo de Restituição foi indeferido em 23.7.2004 (fl. 211, e-STJ), e, **conforme premissa fática estabelecida no acórdão hostilizado, indevassável nesta via recursal, o ajuizamento da presente demanda ocorreu em 26.8.2006** (fl. 4, e-STJ). Sob esse aspecto, se a hipótese fosse de anulação da decisão administrativa que indeferiu a restituição, como se vê, a prescrição estaria consumada, segundo os parâmetros fáticos estabelecidos no acórdão hostilizado e a disciplina do art. 169 do CTN.

Mas, reitero, não se trata de Ação Anulatória da decisão administrativa, mas sim anulatória de débito fiscal. Necessário, então, prosseguir na análise da alegada regularidade na compensação efetuada pela empresa.

De acordo com a jurisprudência do STJ, **pedido administrativo de Restituição do Indébito não suspende ou interrompe a fluência do prazo prescricional:**

TRIBUTÁRIO - FINSOCIAL - COMPENSAÇÃO - PEDIDO ADMINISTRATIVO - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

1. É firme o entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco da homologação tácita.

2. A respeito do tema referente à interrupção do prazo prescricional pelo protocolo de pedido administrativo, as turmas da Primeira Seção desta Corte já se manifestaram sobre o tema, firmando o entendimento de que **o pedido administrativo não interrompe o prazo prescricional**.

Embargos de divergência improvidos. (REsp 669.139/SE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 4/6/2007, p. 289).

TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC N. 118/2005, OU SEJA, APÓS 9/6/2005. PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS NÃO INTERROMPE A PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO.

[...] II - Ainda **de acordo com a jurisprudência do STJ, entende-se que, nas ações de repetição de indébito, o pedido administrativo de compensação não interrompe a prescrição**. Precedentes: AgRg no REsp 1.371.686/SC, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016; EDcl no REsp 1.057.662/AL, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma, julgado em 17/5/2011, DJe 26/5/2011; REsp 995.266/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 24/8/2010, DJe 1º/9/2010; e AgRg no REsp 1.085.923/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/5/2010, DJe 9/6/2010.

III - No caso dos autos, a demanda foi ajuizada em 24/2/2012, após o início de vigência da Lei Complementar n. 118/2005, devendo, portanto, ser adotado o prazo prescricional de cinco anos contado a partir do pagamento indevido na forma do seu art. 3º.

IV - Agravo interno improvido. (AgInt nos EDcl no REsp 1.587.844/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 26/2/2018).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DIREITO RECONHECIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA TRANSITADO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 168 DO CTN. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO. AÇÃO PROPOSTA APÓS O DECURSO DESSE LAPSO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL.

[...] II - **O pedido administrativo de compensação constitui meio inidôneo para interromper a fluência da prescrição para ajuizamento da respectiva ação de repetição.** Precedentes.

[...] (AgRg no REsp 1.276.022/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 28/5/2015).

De outro lado, muito embora, na redação original do art. 168 do CTN, fosse pacífico o entendimento jurisprudencial de que o prazo de prescrição da restituição do indébito, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, fosse de dez (10) anos (tese dos "cinco mais cinco"), **o STJ, em julgamento de Recurso Repetitivo que revisou orientação anterior**, concluiu, a partir de tese fixada pelo STF em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, que **é irrelevante a data de recolhimento do tributo**, aplicando-se o prazo prescricional de apenas cinco anos, nos termos do art. 168 do CTN, com a redação da Lei Complementar 118/2005, quando a demanda que discute a Repetição de Indébito tiver sido ajuizada após 9.6.2005 (data da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005).

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 4/6/2012).

No caso dos autos, levando-se em conta que os (supostos) créditos mais recentes da recorrente (referentes ao alegado recolhimento a maior da contribuição ao PIS/PASEP) seriam relativos ao exercício de 1995, bem como que o pedido administrativo de restituição de indébito não obistou a fluência do prazo prescricional, tem-se que a prescrição somente seria interrompida com a propositura da ação judicial (mediante a citação da Fazenda Nacional, com efeito retroativo à data da propositura da ação). Como a demanda foi ajuizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 26.8.2006, todos os supostos créditos existentes antes de 26.8.2001 estariam prescritos, não sujeitos à Repetição de Indébito.

Por essa razão, **acompanho o Relator para dar provimento ao Agravo Interno, de modo a afastar a incidência da Súmula 7/STJ. Em relação ao Recurso Especial, também acompanho o judicioso Voto do eminente Ministro Relator, para lhe negar provimento, embora por fundamento diverso.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.673 - RJ (2017/0164495-3)

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo interno em recurso especial interposto por Telemar Norte Leste S/A - em recuperação judicial. A recorrente busca enfrentar decisão que não conheceu do recuso especial, ao fundamento de que a revisão do julgado de origem implicaria o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que encontraria óbice na Súmula 7/STJ.

Adiro ao voto do Eminentíssimo Relator, Ministro Francisco Falcão, e dos Eminentíssimos Ministros Mauro Campbell Marques e Herman Benjamin no sentido de que a questão apresentada não encontra obstáculo na súmula 7/STJ. Trata-se de debate sobre tese jurídica a respeito da aplicação ou afastamento dos arts. 168 ou 169 do CTN e do prazo prescricional em virtude do advento da LC 118/2005.

No que se refere à primeira controvérsia, pedindo Vênias ao Eminentíssimo Relator, entendo que não seja o caso de aplicação do art. 169 do CTN. O dispositivo trata de anulação de decisão administrativa como é possível perceber dos seus próprios termos:

Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

A hipótese concreta, no entanto, versa sobre a anulação do débito fiscal. Assim, entendo que não há o enquadramento no referido dispositivo

No sentido do afastamento do art. 169 e aplicação do art. 168 do CTN quando do reconhecimento de que o caso concreto não busca anular ato administrativo, encontram-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL. CASO CONCRETO. CINCO ANOS.

1. "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" (REsp 799.564/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 05/11/2007).

2. Hipótese em que, em razão de confusão procedimental administrativa, a parte pretende não só a anulação das decisões administrativas mas também a repetição do indébito, razão pela qual a pretensão está submetida ao prazo quinquenal do art. 168, I, do CTN.

3. Recurso especial provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 1489436/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 05/09/2019).

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. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013).

Afastada a prescrição prevista no art. 169 do CTN, passo à análise da aplicação da LC 118/2005 para o caso concreto.

O ajuizamento da demanda foi anterior ao início da vigência da LC 118/2005. De acordo com o entendimento firmado pelo Recurso Extraordinário 566.621 do Supremo Tribunal Federal e do Recurso Especial 1.110.578/SP, julgado sob o rito dos repetitivos, as pretensões dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo ajuizamento tenham ocorrido em momento anterior à vigência da referida lei complementar, seguem a sistemática da prescrição decenal, ou seja, cinco anos para homologação tácita, contados do fato gerador, e mais cinco anos, contados da homologação tácita.

Por conseguinte, na linha do entendimento Eminentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques, entendo que “não há que se falar em prescrição nos dez anos anteriores ao pedido de compensação”.

Ante o exposto, acompanho o Relator para dar provimento ao Agravo Interno, de modo a afastar a incidência da Súmula 7/STJ. No que se refere ao Recurso Especial, pedindo Vênias ao Eminentíssimo Relator, Ministro Francisco Falcão, e ao Eminentíssimo Ministro Herman Benjamin, voto pelo provimento parcial, acompanhando a conclusão do Eminentíssimo Ministro Mauro Campbell Marques para afastar a prescrição nos dez anos anteriores ao pedido de compensação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0164495-3 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.683.673 / RJ** **AgInt no**

Números Origem: 00163663820064025101 200651010142691 200651010163669

PAUTA: 11/05/2021

JULGADO: 18/05/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPJ - Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - Retido na fonte

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento; o voto vogal divergente do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento; o voto vogal do Sr. Ministro Herman Benjamin acompanhando o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro-Relator, dando provimento ao agravo interno para, embora por fundamento diverso, negar provimento ao recurso especial; e o voto vogal do Sr. Ministro Og Fernandes, acompanhando o Sr. Ministro-Relator no que se refere ao provimento do agravo interno de modo a afastar a incidência da Súmula 7/STJ e, no que se refere ao recurso especial, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques para dar parcial provimento ao recurso, pediu vista dos autos a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

O Sr. Ministro Herman Benjamin votou com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0164495-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no REsp 1.683.673 / RJ**

Números Origem: 00163663820064025101 200651010142691 200651010163669

PAUTA: 10/05/2022

JULGADO: 10/05/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretária

Bela. **VALÉRIA RODRIGUES SOARES**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação da Sra. Ministra Assusete Magalhães."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0164495-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no REsp 1.683.673 / RJ**

Números Origem: 00163663820064025101 200651010142691 200651010163669

PAUTA: 21/06/2022

JULGADO: 21/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA RODRIGUES SOARES**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação da Sra. Ministra Assusete Magalhães."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.673 - RJ (2017/0164495-3)

VOTO-VISTA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Como anotado pelo Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, trata-se de Agravo interno, aviado por TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, contra decisão monocrática por ele proferida, na qual não se conheceu do Recurso Especial, por se considerar aplicável a Súmula 7/STJ.

Na origem, trata-se de **Ação Anulatória de Débito Fiscal**, ajuizada em 24/08/2006, com pretensão de natureza dúplice: de um lado, pleiteou-se a desconstituição do débito fiscal referente ao IRRF de janeiro de 2004, resultante da não homologação da compensação desse débito de IRRF, por meio de Declaração de Compensação apresentada em 07/01/2004, com uma parcela (de 1994 a 1995) dos valores recolhidos alegadamente a maior, a título de **contribuição ao PASEP**, no período de agosto de 1989 a dezembro de 1995, pretensão indeferida por dois motivos declinados pela autoridade administrativa – decadência do direito de requerer a restituição do suposto indébito, quanto aos recolhimentos ao PASEP efetuados no período de agosto de 1989 até setembro de 1995, período que antecede o quinquênio anterior a 29/09/2000, data em que foi protocolado o pedido administrativo de restituição, e inexistência de indébito a compensar, quanto aos recolhimentos remanescentes até dezembro de 1995 –, e de outro lado, também se pleiteou, na inicial, o reconhecimento da validade da compensação do IRRF com os valores recolhidos a título de PASEP (fl. 21e).

No tópico 3 da petição inicial (3. Do Direito), além da informação de que o débito de IRRF de janeiro de 2004 foi compensado com valores recolhidos alegadamente a maior, a título de contribuição ao PASEP, ao longo dos anos de 1994 e 1995, **constam as causas de pedir, em quatro itens assim relacionados: 3.1) não-ocorrência de decadência; 3.2) inconstitucionalidade dos Decretos-lei 2.445 e 2.449, ambos de 1988; 3.3) submissão da contribuinte ao regime do PIS/Repique, após a Constituição Federal de 1988; e 3.4) semestralidade da base de cálculo do PASEP** (fls. 4/21).

Assim, a inicial resumiu os seus fundamentos:

"Em síntese, o caso dos autos é o seguinte:

Os créditos utilizados pela Autora em sua declaração de compensação feita em janeiro de 2004 não estavam decaídos, considerando que o prazo decadencial no momento da compensação era de dez anos a contar do fato gerador (tese dos 5 + 5 consagrada pelo STJ);

O montante dos créditos decorrentes dos pagamentos indevidos de PASEP realizados em 1994 e 1995 (portanto não decaídos) eram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientes para saudar (**sic**) o débito tributário quitado por meio da compensação;

Os créditos decorrem do pagamento indevido de PASEP efetuado pela Autora, que, após a Constituição Federal de 1988, deveria ser submetida à tributação pelo PIS/Repique, por conta da exigência constitucional de igualdade no tratamento tributário entre empresas privadas e sociedades de economia mista (art. 173 da CF);

Sucessivamente, caso não se considere a Autora como contribuinte do PIS/Repique, ainda assim haverá pagamento a maior de PASEP, tendo em vista que o recolhimento foi feito tomando como base de cálculo a receita operacional auferida pela empresa no mês anterior ao recolhimento, quando na verdade a base de cálculo correta deveria ser a receita operacional auferida no sexto mês anterior ao da exigência da contribuição ao PASEP (PASEP/semestralidade, conforme já pacificado pelo STJ)" (fls. 20/21e).

Assim, na petição inicial, pleiteou-se **"a desconstituição do débito fiscal referente ao IRRF de janeiro de 2004** (valor originário de R\$ 1.664.593,52), **reconhecendo-se a validade da compensação efetuada pela empresa por meio da Declaração de Compensação apresentada em 07/01/2004**. Sucessivamente, **caso seja acatada a tese do item 3.4, e caso o montante de crédito apurado nesta hipótese não seja suficiente para a compensação do mencionado débito fiscal de IRRF de janeiro de 2004, pede a Autora seja reconhecida a compensação parcial do débito, devendo a diferença ser quitada por meio do depósito judicial realizado nos autos da ação cautelar subjacente"** (fl. 21e).

Na contestação, à luz dos arts. 165, I, e 168, I, do CTN e 3º da Lei Complementar 118/2005, a parte ré arguiu a prescrição do direito de requerer a restituição, sustentando que "os supostos créditos oriundos do pagamento a maior de PASEP, que foram utilizados pelo contribuinte na operação de compensação realizada já se encontravam, há muito, alcançados pela prescrição (...) que a contagem do prazo de cinco anos para a Autora exercer o direito à repetição do alegado indébito iniciou-se na data em que foram feitos os ora questionados recolhimentos de PIS/PASEP, ou seja, no período compreendido entre agosto de 1989 e dezembro de 1995 (...) como o Pedido de Restituição 11.924.002396/00-06 só foi protocolado em 29 de setembro de 2000 (...), todos os recolhimentos realizados [contribuições ao PASEP] entre agosto de 1989 e setembro de 1995 foram objeto de prescrição, extinguindo-se, portanto, o direito à restituição dos mesmos (...) resta demonstrada, pois, a ocorrência de prescrição do direito à restituição dos valores recolhidos entre agosto de 1989 e setembro de 1995, inexistindo, conseqüentemente, qualquer crédito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensável decorrente de tais recolhimentos" (fls. 271/275e). Mencionou que **"a decisão administrativa trântisa em julgado**, que foi exarada pela Autoridade Fiscal de Teresina - Piauí, nos autos do PA 11924.002396/00-06, **declarou a inexistência de qualquer crédito restituível à Autora, uma vez que a maior parte dos recolhimentos já havia sido fulminada pela prescrição, além de terem os pagamentos ora analisados obedecido à legislação vigente à época dos fatos.** À evidência, **busca a autora**, através da presente Ação Anulatória, não apenas a desconstituição de crédito fiscal, mas **também a anulação de decisões administrativas válidas e eficazes (...)** se a DRF competente apurou a inexistência de qualquer valor a ser objeto de restituição de indébito, em razão da ocorrência de prescrição e da aplicação das normas legais atinentes ao cálculo do tributo, o que ensejou outra decisão administrativa que indeferiu a homologação da compensação, sendo que as mesmas estão legalmente fundamentadas e foram exaradas por autoridade fiscal competente, não cabe ao Poder Judiciário revê-las e anulá-las" (fl. 276e). **Acrescentou que, "entre 1988 e dezembro de 1995, a autora recolheu o PASEP à alíquota de 0,65%, inferior, portanto, àquela de 0,8% prevista pela LC 08/70, não havendo que se falar, pois, em restituição de valores pagos a maior em tal período"** (fl. 278e), inclusive transcrevendo e reafirmando trecho da decisão proferida no processo administrativo nº 11.924.002396/00-06, no sentido da inaplicabilidade da semestralidade da base de cálculo do PIS/PASEP para os fatos geradores ocorridos a partir de 1989 (fl. 278e).

Na sentença, em julgamento antecipado da lide, o Juízo julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação Cautelar e nesta Ação Anulatória, consignando que "a Autoridade Fiscal, ao apreciar a questão proferiu decisão nos autos do processo administrativo nº 11924.002396/00-06 declarando a inexistência de qualquer crédito restituível à demandante, uma vez que a maior parte dos recolhimentos já havia sido fulminada pela prescrição, além de terem os referidos pagamentos obedecido à legislação vigente à época dos fatos. Ressalte-se que não logrou a parte autora demonstrar que a decisão exarada pela Administração, no sentido da inexistência de qualquer crédito em seu favor, estivesse eivada de qualquer ilegalidade, não se verificando, assim, qualquer valor que lhe fosse devido passível de ser compensado com outros tributos exigidos pelo Fisco" (fl. 325e).

Interposta Apelação, nela a parte autora sustentou as seguintes teses: a) nulidade da sentença, por suposta violação aos princípios da fundamentação das decisões judiciais e da ampla defesa; b) não ocorrência de prescrição, uma vez que, no momento da compensação, o prazo era de dez anos a contar do fato gerador do tributo recolhido indevidamente (tese dos "5 + 5"); c) existência de créditos a serem utilizados na compensação, em decorrência de pagamentos indevidos a título de contribuição ao PASEP, quando o caso seria de pagamento de contribuição ao PIS na modalidade Repique; d) ainda que se considere a empresa contribuinte do PASEP, mesmo após a Constituição Federal de 1988, continuará havendo créditos a serem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizados na compensação, visto que a Telepisa efetuou recolhimentos, a título de contribuição ao PASEP, com base na receita operacional obtida no mês anterior (na forma dos Decretos-lei 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF), enquanto a base de cálculo correta seria a receita operacional auferida no sexto mês anterior, sem correção monetária.

O Tribunal de origem, a princípio, deu parcial provimento à **Apelação da autora**, para anular a sentença, a fim de viabilizar a complementação da instrução probatória, mantendo, no entanto, o reconhecimento da prescrição, quanto à repetição de eventual indébito, pela via da restituição ou da compensação, observada, como marco interruptivo do prazo prescricional quinquenal, a data de ajuizamento da presente ação, e não a data do pedido administrativo de restituição, em 29/09/2000, ou mesmo a data da declaração de compensação, em 07/01/2004, **por acórdão assim ementado:**

"TRIBUTÁRIO. SENTENÇA NULA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COMPENSAÇÃO. **PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTE DO STF. INEXISTÊNCIA DE VALORES A REPETIR.**

1 - Discute-se se houve quitação do IRRF de 01/2004, com o indébito decorrente do recolhimento indevido ou a maior do PASEP de 08/89 a 12/95, através da Declaração de Compensação apresentada pelo apelante.

2 - Reconhecida a nulidade da sentença, visto que, nem mesmo em relação à matéria de direito (prazo de restituição do indébito, regime de jurídico do PASEP no período do suposto recolhimento indevido), manifestou-se o magistrado sobre o entendimento que adotava para o caso, limitando-se a afirmar que a parte autora não teria comprovado o direito afirmado, sem que fosse assegurado, mesmo quanto às questões de fato, o exercício da ampla defesa ao apelante, através da produção de prova pericial que permitisse demonstrar a suficiência dos valores indevidamente recolhidos para quitação do crédito tributário questionado na demanda. Ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição, com redação dada pela EC nº 45/04.

3 - O exame da decisão proferida na esfera administrativa não representa indevida revisão de mérito daquele ato, visto que, sendo a atividade fiscal plenamente vinculada, nos termos do art. 142, parágrafo único, do CTN, não sobra margem à discricionária naquela esfera, sendo amplo o controle judicial da atividade realizada em matéria tributária, pois sempre afeto a questões de legalidade.

4 - **Embora nula a sentença recorrida, deve ser mantida a improcedência da pretensão autoral, uma vez que a pretensão de restituição encontra-se alcançada pela prescrição quinquenal.**

5 - **Após o julgamento do RE 566.621/RS, apreciado sob a ótica do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 543-B do CPC (repercussão geral), o Plenário do STF pacificou o entendimento de que o prazo de cinco anos definido na LC 118/2005 deverá incidir sobre todas as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova lei (9.6.2005).

6 - Para fins de definição do prazo de prescrição aplicável, não é possível adotar a data do pedido administrativo de restituição (29/09/2000) ou mesmo a data da declaração de compensação (07/01/2004), mas sim a data do ajuizamento da ação (24/08/2006), quando já em vigor a LC 118/05, de modo que o aproveitamento de eventual indébito a título de PASEP estaria sujeito ao prazo quinquenal.

7 - Com relação ao pedido de restituição, se, antes da sua conclusão, a apelante instaura procedimento diverso para aproveitamento do crédito através da compensação, sua conduta demonstra, inequivocamente, a desistência da pretensão anteriormente apresentada.

8 - Por outro lado, tampouco a declaração de compensação pode ser considerada como marco interruptivo da prescrição, visto que, ao tempo do encontro de contas (2004), não era a apelante detentora de crédito certo, líquido e exigível decorrente de pagamento indevido a título de PASEP, pois havia sido anteriormente julgado improcedente seu pedido de restituição na esfera administrativa, de modo que faltava ao suposto crédito utilizado pela apelante o requisito da certeza, indispensável à pretendida compensação.

9 - Assim, considerando que o indébito utilizado era do período compreendido entre 08/89 e 12/95, ao tempo do ajuizamento da presente demanda (2006) já se encontravam todos alcançados pela prescrição quinquenal.

10 - Apelação a que se dá parcial provimento, para anular a sentença e assegurar a complementação da instrução" (fls. 440/441e).

Opostos Embargos de Declaração, por ambas as partes, o Tribunal de origem acolheu os Declaratórios da parte ré e acolheu parcialmente os da parte autora, para eliminar a contradição verificada na parte dispositiva do acórdão embargado, fazendo constar o desprovimento da Apelação da autora, por acórdão integrativo assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535 DO CPC - EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO - CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL QUANTO AO EXAME DOS FATOS, SEM CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

I - Trata-se de embargos de declaração opostos por ambas as partes, em face da decisão colegiada que, embora tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecido a prescrição integral do indébito da parte autora, deu parcial provimento ao seu apelo, determinando o retorno dos autos à origem para complementação da instrução.

II - No caso tratado, patente o vício de contradição apontado, pois, uma vez reconhecida a prescrição integral dos créditos de PASEP que seriam utilizados no pedido de compensação apresentado na esfera administrativa, o acolhimento dessa prejudicial de mérito traz por consequência inarredável a rejeição do pleito autoral, revelando-se desnecessária a produção de outras provas.

III - Quanto ao erro material argüido quanto à ordem cronológica dos eventos ocorridos, sendo esta a última instância judicial para exame das questões fáticas, impõe-se sua correção nesta via recursal.

IV - No entanto, **embora a decisão proferida no primeiro processo administrativo (pedido de restituição) seja posterior à apresentação do pedido de compensação, e apesar de não se aplicar, à época, as disposições trazidas pela Lei 11.051/04 à Lei 9.430/96, tais constatações não afastam o fato de aquela decisão retirou do indébito um dos elementos necessários ao encontro de contas, bem como que a demanda somente foi proposta quando já em vigor o novo prazo prescricional de 5 anos, nos termos do entendimento firmado em repercussão geral pelo STF (RE 566.621).**

V - Provimento dos embargos de declaração da União e provimento parcial dos embargos declaratórios do autor, apenas para sanar a contradição na parte dispositiva da decisão embargada, **fazendo constar o desprovimento do apelo autoral**" (fls. 475/476e).

No Recurso Especial, interposto pelas alíneas a e c do permissivo constitucional, a parte autora apontou violação aos arts. 168, I, do CTN, 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005 e 74 da Lei 9.430/96, bem como divergência jurisprudencial, e defendeu, de início, a não ocorrência de prescrição, ao argumento de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, objeto de declaração de compensação apresentada em 07/01/2004, antes da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o prazo de dez anos, a contar do fato gerador, considerada, como marco interruptivo da prescrição, a data de apresentação da declaração de compensação, em 07/01/2004, e não a data de ajuizamento, em 24/08/2006, da ação anulatória de débito fiscal que tenha por objeto a validação da compensação não homologada pela autoridade administrativa. Apontou, como paradigma, o REsp 1.089.356/PR (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe de 09/08/2012). Sustentando, além disso, a existência do crédito a ser utilizado na compensação.

Ao final do Recurso Especial, a autora pediu "o provimento deste recurso, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformular-se o v. acórdão recorrido, de modo que seja afastada a prescrição anteriormente decretada e seja julgada procedente a ação anulatória. Caso este E. STJ não se sinta a vontade para julgar procedente a ação anulatória, requer a Recorrente seja determinado o retorno dos autos à primeira instância judicial para a análise da existência do crédito utilizado em sua compensação" (fl. 512e).

Em contrarrazões (fls. 534/542e), preliminarmente, a FAZENDA NACIONAL sustentou que "a matéria debatida nos autos é eminentemente fática, esbarrando a pretensão recursal na Súmula 07 desta Egrégia Corte. Precisamente, o argumento central da recorrente diz respeito à não ocorrência do lapso prescricional em face de causas interruptivas, alegação que demanda, a toda evidência, o reexame dos elementos fáticos trazidos aos autos" (fl. 536e). No tocante ao mérito recursal, pugnou pelo desprovido do recurso, invocando, para tanto, o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 e os arts. 165, I, 168 e 169 do CTN (fls. 537/542e).

Na decisão agravada, proferida pelo Relator, o Ministro FRANCISCO FALCÃO, o Recurso Especial não foi conhecido, por aplicação do óbice da Súmula 7/STJ, o que ensejou a interposição do presente Agravo interno, no qual a parte autora defendeu a inaplicabilidade desse óbice sumular, além do que reiterou as alegações de não ocorrência de prescrição e de existência do crédito utilizado na compensação.

Em seu voto, o Ministro FRANCISCO FALCÃO deu provimento ao Agravo interno, para afastar a Súmula 7/STJ, a fim de conhecer do Recurso Especial e negar-lhe provimento, embora por fundamento diverso daquele adotado no acórdão recorrido. O Relator afastou a Lei Complementar 118/2005, aplicada pelo Tribunal de origem, e aplicou o art. 169 do CTN, invocado, pela FAZENDA NACIONAL, nas contrarrazões ao Especial, conforme a seguinte ementa por ele proposta:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL COM BASE NA SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA FÁTICA ABORDADA NA DECISÃO RECORRIDA. AFASTAMENTO DO ÓBICE. ANÁLISE DO MÉRITO. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE REJEITA PEDIDO DE RESTITUIÇÃO FORMULADO PELO CONTRIBUINTE. APLICAÇÃO DO ART. 169 DO CTN. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL ANULATÓRIA. DOIS ANOS A CONTAR DO INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO.

I - O presente recurso decorre de ação ajuizada pelo ora recorrente objetivando a anulação de débito fiscal referente à imposto de renda retido na fonte - IRRF. Durante o pedido de restituição o contribuinte aviou pedido de compensação, com base no art. 74 da Lei 9.430/1996. O pedido de restituição foi indeferido e o pedido de compensação não foi homologado.

II - Decisão agravada que não conheceu do recurso especial com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base na Súmula 7/STJ e, após reexame da questão, observado que no âmbito do acórdão recorrido há matéria fática suficiente para o exame do mérito do recurso especial, tem-se de rigor o afastamento do óbice para prosseguir com o exame do recurso especial.

III - Conforme observado na decisão proferida pelo Tribunal de origem, o pedido de restituição foi negado pela SRF em 23/07/2004, entretanto, como a ação anulatória de débito fiscal foi ajuizada em 24/08/2006, o julgador aplicou o prazo prescricional, em conformidade com a sistemática estabelecida pela LC 118/2005, decretando a prescrição quinquenal.

IV - Apesar de equivocada tal aplicação, tendo em vista que a hipótese dos autos não é de ação na qual se pleiteia a restituição de indébito tributário, mas de ação anulatória de ato administrativo que denega a restituição do tributo, observa-se que, ainda sim, verifica-se a ocorrência da prescrição, não aquela prevista no art. 168 do CTN, mas aquela mencionada no art. 169 do mesmo diploma legal, que prevê o prazo prescricional de dois anos.

V - O evento que baliza a prescrição, nesse caso, é o pedido de restituição que foi negado em 23/07/2004, e não o pedido de compensação, cuja homologação foi negada, sem que a data do ato administrativo conste do corpo do acórdão recorrido. Isso porque o indeferimento da homologação da compensação está vinculada ao indeferimento da restituição, não sendo o pedido de compensação, pelo menos na hipótese dos autos, o ato que determina a contagem do prazo prescricional.

VI - Agravo interno provido para, afastado o óbice da Súmula 7/STJ, conhecer e negar provimento ao recurso especial da **TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**".

Inaugurando a divergência, no mérito, o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, em seu voto vogal – considerando que "os fatos foram bem delineados no acórdão recorrido", afastou a incidência da Súmula 7/STJ. No mérito, concluiu que **o acórdão recorrido "deve ser reformado, no ponto em 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)"**, pelo que deu provimento ao Agravo interno da parte autora, para, afastando a Súmula 7/STJ, **conhecer do Recurso Especial e dar-lhe parcial provimento, tão somente para afastar a prescrição, nos dez anos anteriores ao pedido de compensação, em 07/01/2004, determinando o retorno dos autos à origem, para que sejam analisadas as demais questões suscitadas pela parte autora.**

Por sua vez, o Ministro HERMAN BENJAMIN, em voto vogal, deu provimento ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo interno, para afastar a aplicação da Súmula 7/STJ, a fim de **conhecer** do Recurso Especial e negar-lhe provimento, embora por fundamentos diversos daqueles apontados no voto do Ministro Relator. Em seu voto vogal, o Ministro HERMAN BENJAMIN entendeu (a) que **"o pedido deduzido na inicial não se destina a anular a decisão administrativa proferida no Pedido de Restituição, mas se volta diretamente à anulação do débito fiscal**. Aliás, o acórdão do Tribunal de origem não assinalou a existência de tal fato (pedido de anulação de decisão administrativa e a disciplina do respectivo prazo prescricional), portanto, **não houve sequer prequestionamento a respeito do art. 169 do CTN"**; (b) que **"toda a questão relacionada com a tramitação administrativa do Pedido de Restituição constitui simples fundamento (causa petendi), inconfundível com o pedido**. Ou seja, o objeto da demanda não é a decisão administrativa, mas o reconhecimento da nulidade, com a consequente desconstituição, do débito propriamente dito de IRRF, confessado em Declaração de Compensação"; (c) **"se a hipótese fosse de anulação da decisão administrativa que indeferiu a restituição, como se vê, a prescrição estaria consumada, segundo os parâmetros fáticos estabelecidos no acórdão hostilizado e a disciplina do art. 169 do CTN"**; (d) que, **"de acordo com a jurisprudência do STJ, pedido administrativo de restituição do indébito não suspende ou interrompe a fluência do prazo prescricional"**, citando precedentes que versam sobre prescrição para ação de repetição de indébito; (e) **"muito embora, na redação original do art. 168 do CTN, fosse pacífico o entendimento jurisprudencial de que o prazo de prescrição da restituição do indébito, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, fosse de dez (10) anos (tese dos 'cinco mais cinco'), o STJ, em julgamento de recurso repetitivo que revisou orientação anterior, concluiu, a partir de tese fixada pelo STF em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, que é irrelevante a data de recolhimento do tributo, aplicando-se o prazo prescricional de apenas cinco anos, nos termos do art. 168 do CTN, com a redação da Lei Complementar 118/2005, quando a demanda que discute a Repetição de Indébito tiver sido ajuizada após 9.6.2005 (data da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005)"**. Em arremate, concluiu que, "no caso dos autos, levando-se em conta que os (supostos) créditos mais recentes da recorrente (referentes ao alegado recolhimento a maior da contribuição ao PIS/PASEP) seriam relativos ao exercício de 1995, bem como que o pedido administrativo de restituição de indébito não obsteu a fluência do prazo prescricional, tem-se que a prescrição somente seria interrompida com a propositura da ação judicial (mediante a citação da Fazenda Nacional, com efeito retroativo à data da propositura da ação). Como a demanda foi ajuizada em 26.8.2006 (**sic**, em **24/08/2006**, fls. 3e e 436e), todos os supostos créditos existentes antes de 26.8.2001 estariam prescritos, não sujeitos à Repetição de Indébito".

O Ministro OG FERNANDES, em seu voto vogal, acompanhou o Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, no que se refere ao provimento do Agravo interno, de modo a afastar a Súmula 7/STJ, mas, no que diz respeito ao mérito do Recurso Especial, concluiu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por acompanhar o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, embora entendendo que não se aplica ao caso o art. 169 do CTN, por se tratar de ação anulatória de débito fiscal, e supondo, ainda, que "o ajuizamento da demanda foi anterior ao início da vigência da LC 118/2005". Assim, no mérito, acompanhou a divergência, inaugurada pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, para dar parcial provimento ao Especial, tão somente para afastar a prescrição nos dez anos anteriores ao pedido de compensação.

Assim, após o voto do Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, dando provimento ao Agravo interno da parte autora, para **conhecer** do seu Recurso Especial e negar-lhe provimento; o voto vogal divergente do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, dando provimento ao Agravo interno, para **conhecer** do Recurso Especial e dar-lhe parcial provimento; o voto vogal do Ministro HERMAN BENJAMIN, acompanhando o Ministro Relator, dando provimento ao Agravo interno, para afastar a Súmula 7/STJ, e, no mérito, embora por fundamento diverso, negar provimento ao Recurso Especial; e o voto vogal do Ministro OG FERNANDES, acompanhando o Ministro Relator, no que se refere ao provimento do Agravo interno, de modo a afastar a Súmula 7/STJ, e, no que tange ao Recurso Especial, acompanhando a divergência, inaugurada pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, na conclusão, para dar parcial provimento ao recurso, **pedi vista dos autos, pois, embora não haja divergência quanto ao afastamento da Súmula 7/STJ, há uma divergência substancial, em relação ao mérito do Recurso Especial.**

De início, cumpre registrar que, na forma do § 5º do art. 255 do Regimento Interno do STJ, incluído pela Emenda Regimental 24/2016, no julgamento do Recurso Especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela afirmativa, será julgada a causa, aplicando-se o direito à espécie, com observância da regra prevista no art. 10 do CPC/2015.

Nos termos do art. 1.034, **caput**, do CPC/2015, "admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito". O parágrafo único desse dispositivo enuncia que, "admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado".

Essa técnica de julgamento já constava da Súmula 456 do STF e disposição semelhante achava-se prevista no art. 257 do Regimento Interno do STJ, antes da sua alteração, pela citada Emenda Regimental 24/2016.

De acordo com o art. 257 do RISTJ, em sua redação original, de modo semelhante ao atual § 5º do art. 255 do Regimento Interno do STJ, o Recurso Especial detém efeito devolutivo amplo, segundo o qual, ultrapassado o juízo de admissibilidade, resta franqueado, a esta Corte, o julgamento da causa, com a aplicação do direito à espécie, sem que tal providência implique em supressão de instância.

Nesse sentido:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃOS PARADIGMAS. NÃO CONHECIMENTO.

- Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.

- Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.

- A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional.

- Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma.

Embargos de divergência não conhecidos" (STJ, EREsp 41.614/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 30/11/2009).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) RECURSO ESPECIAL. ART. 257 DO RISTJ. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPERADO O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, RESTA FRANQUEADO, AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O JULGAMENTO DA CAUSA, COM A APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

IV. Nos termos do art. 257 do RISTJ, o recurso especial detém efeito devolutivo amplo, segundo o qual, ultrapassado o juízo de admissibilidade, resta franqueado, ao Superior Tribunal de Justiça, o julgamento da causa, com a aplicação do direito à espécie, sem que tal providência implique em supressão de instância.

V. Agravo Regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 769.117/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe de 01/03/2013).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 257 DO RISTJ. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.

2. Precedentes: AgRg no REsp 1.065.763/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.3.2009, DJe 14.4.2009; REsp 1.080.808/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.5.2009, DJe 3.6.2009; AgRg no Ag 1.195.857/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 9.3.2010, DJe 12.4.2010.

3. 'Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do prequestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação' (REsp 41.614/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 30.11.2009).

4. A aplicação do direito à espécie constitui-se instrumento de celeridade na prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), não sendo incompatível com o requisito do prequestionamento, tampouco atentando contra o duplo grau de jurisdição ou o devido processo legal.

Ação rescisória improcedente" (STJ, AR 4.373/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rev. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 06/05/2011).

No mesmo sentido: "A abertura da instância pelo conhecimento do recurso especial devolve ao Superior Tribunal de Justiça o conhecimento das demais matérias referentes ao capítulo impugnado. Assim o regramento do art. 1.034, parágrafo único, do CPC/2015 que apenas declarou o direito processual já vigente anteriormente na antiga Súmula 456/STF ('O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie'), no antigo art. 257, do RISTJ e no atual art. 255, § 5º, do RISTJ" (STJ, AgInt no AREsp 1.680.539/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2020).

A jurisprudência do STJ ressalva que, quando a aplicação do direito à espécie pressupõe a produção de provas, em hipóteses nas quais houve julgamento antecipado da lide, faz-se necessário o retorno dos autos à instância de origem, para ultimação do procedimento de subsunção dos fatos às normas jurídicas pertinentes, após regular



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução probatória. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – SÚMULA 284/STF – AÇÃO POPULAR – CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL – DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CABIMENTO – ART. 6º, §§ 1º A 3º, DA LICC – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – NÃO-CONHECIMENTO – ART. 462 DO CPC – *IUS SUPERVENIENS* – **ART. 257 DO RI/STJ E SÚMULA 456/STF** – LEI 11.445/2007 – REQUISITOS PARA PRORROGAÇÃO DE PRAZO – PERTINÊNCIA – VERIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO ESPECIAL – **RETORNO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA.**

1. Cuida-se, originariamente, de ação popular ajuizada por Orlando Pegoraro contra o Município de Farroupilha, para declarar a nulidade do contrato de concessão de serviço público de transporte coletivo n.º 2/98 (termo aditivo) firmado com o Expresso Caxiense e dos de n.ºs 2/2002, 3/2002 e 4/2002, celebrados com a empresa Bento Gonçalves de Transportes Ltda.

2. Ao alegar violação ao art. 535 CPC, deve o recorrente indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Aplica-se a Súmula 284/STF quando forem genéricas as alegações.

3. A jurisprudência do STJ admite o ajuizamento de ação popular na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexistam danos materiais ao patrimônio público.

4. Inviável o conhecimento do recurso por violação do art. 6º, §§ 1º a 3º, da LICC, uma vez que os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada –, apesar de previstos em norma infraconstitucional, são institutos de natureza eminentemente constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF/1988).

4. Hipótese em que os julgamentos proferidos pela instância ordinária ocorreram sob a vigência da Lei 8.987/1995, sem as alterações promovidas pela Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

5. A superveniência do direito novo (Lei 11.445/2007) deve ser considerada pelo julgador em qualquer fase ou instância processual, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC. Precedentes do STJ.

6. Trata-se de aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula 456 do STF.

7. A Lei 11.445/2007 prevê novo prazo máximo de validade (31.12.2010) para as concessões precárias previstas no § 2º do art. 42 da Lei 8.987/1995, desde que atendidas três condições cumulativas legais. Situação aplicável ao caso em apreço.

8. **Incabível, em recurso especial, a análise do cumprimento**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desses requisitos, pois demanda a produção de provas e análise documental, o que é incompatível com o via extraordinária. Por outro lado, essa cognição pode ser realizada pela instância ordinária, que possui autonomia para julgar conforme entender de direito.

9. Recursos especiais conhecidos parcialmente, no tocante à ofensa à Lei 8.987/1995, e parcialmente providos, para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que se profira um novo julgamento, à luz das alterações promovidas pela Lei 11.445/2007" (STJ, REsp 964.909/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/11/2009).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MILITAR. REFORMA. ALIENAÇÃO MENTAL. LEI 6.880/80. ESQUIZOFRENIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ARTIGO 257 DO RI/STJ. SÚMULA 456/STF. LIMITES. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA EXAME DOS PEDIDOS REMANESCENTES.

1. No caso dos autos o autor faz jus, segundo precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, à reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau que possuía na ativa.

2. **A prestação jurisdicional nesta Corte, em sede de recurso especial, esbarra em óbices decorrentes da própria natureza deste apelo raro, não se podendo suprimir a análise de questões de fato ainda não examinadas na instância ordinária, sob pena de ofensa à ampla defesa e ao contraditório.**

3. No caso dos autos, deve prevalecer a decisão singular que, reconhecendo o direito do autor à reforma no cargo que possuía na ativa, remete os autos à origem para exame das demais questões que demandam, necessariamente, aprofundamento no contexto fático e probatório da lide, como, especificamente, a indenização pelas despesas médicas realizadas.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 856.072/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 14/02/2014).

"AGRAVO INTERNO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REGIME FINANCEIRO DE CAPITALIZAÇÃO. PILAR. CONTROVÉRSIA ACERCA DE QUE O PEDIDO VINDICADO NA EXORDIAL NÃO TEM ESTEIO ATUARIAL. QUESTÃO TÉCNICA RELEVANTE. JULGAMENTO DA CAUSA, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, PARA AFERIR O PRÓPRIO FATO CONSTITUTIVO DE DIREITO DA PARTE AUTORA. INVIABILIDADE. *ERROR IN PROCEDENDO*. CONSTATAÇÃO. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO E DA SENTENÇA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Como pontua o agravante no presente recurso, a entidade previdenciária submeteu os cálculos atuariais ao crivo do contraditório, não havendo nos autos laudo pericial atuarial dirimindo essa questão eminentemente técnica. É dizer, o Juízo de primeira instância, mesmo em questão de reserva de perícia, de modo temerário - reconhece que não se extrai do regulamento índice para atualização do valor de benefícios -, julgou antecipadamente o feito, acolhendo o pedido exordial para estipular arbitrariamente o índice IGP-M.
2. Por um lado, a 'determinação de pagamento de valores sem respaldo no plano de custeio implica desequilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada com prejuízo para a universalidade dos participantes e assistidos, o que fere o princípio da primazia do interesse coletivo do plano (exegese defluente da leitura do artigo 202, caput, da Constituição da República de 1988 e da Lei Complementar 109/2001)' (AgRg no REsp 1293221/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 28/09/2012).
3. Por outro lado, consoante entendimento sufragado em recurso especial repetitivo 1.124.552/RS, julgado pela Corte Especial, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias eminentemente técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias. Consignou-se, à luz de abalizado escólio doutrinário, que: a) o que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos em torno do fato periciado; b) eventualmente, o magistrado pode deter cultura técnica além da jurídica, mas não poderá utilizá-la nos autos, porque isto equivaleria a uma inaceitável cumulação de funções inconciliáveis.
4. Registre-se que, na vigência do CPC/2015, o art. 375 do Códex estabelece textualmente que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. As decisões judiciais devem ser motivadas, isto é, 'racionalmente fundamentadas', não tendo o magistrado discricionariedade em relação à prova, no sentido examiná-las de modo irracional (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 610-611).
5. Em vista da patente inexistência de instrução processual a impedir a imediata solução do litígio, não houve desde já o julgamento de improcedência do pedido formulado na exordial. **Aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), a decisão ora agravada afastou a prescrição do fundo de direito reconhecida pelo acórdão recorrido, anulando o acórdão e a sentença, com o fito de propiciar a regular tramitação processual e a verificação**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos fatos constitutivos de direito do autor, ora agravante.

6. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.391.520/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 12/11/2019).

Preliminarmente, concordo com todos os votos que me antecederam, no sentido de que, no tocante às questões em torno da prescrição, não se aplica ao caso a Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

Vale lembrar que a Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp 120.195/MG (Rel. p/ acórdão Ministro DEMÓCRITO REINALDO, DJU de 16/02/98), deixou assentado que "não constitui reexame de prova, a ponto de ensinar o não conhecimento do Especial, a mera aferição da existência de determinado fato incontroverso e necessário ao deslinde da causa, dependente de simples cotejo entre documentos (prova pré-constituída), como, por exemplo, a análise quanto à data em que se verificou determinado acontecimento".

Com efeito, quanto às questões em torno da prescrição, o conhecimento do Recurso Especial não encontra óbice na Súmula 7/STJ, tendo em vista que os elementos fáticos necessários à análise dessas questões são incontroversos nos autos e alguns deles encontram-se delineados nos seguintes excertos do acórdão recorrido, in verbis:

"A controvérsia estabelecida reside em saber se houve quitação do IRRF de 01/2004, com o indébito decorrente do recolhimento indevido ou a maior do PIS/PASEP de 08/89 a 12/95, através da Declaração de Compensação às fls. 62/75, apresentada em 07/01/2004" (acórdão, fl. 433e).

"No caso dos autos, a presente ação foi ajuizada em 24/08/2006, quando já em vigor a LC 118/05 (...)" (acórdão, fl. 436e).

"De fato, pelo documento anexado à fl. 62, depreende-se que o pedido de compensação foi enviado à Secretaria da Receita Federal em 07/01/2004, ao passo que a decisão administrativa que indeferiu o pedido anterior de restituição do indébito utilizado naquele encontro de contas somente foi proferida em 23/07/2004 (fls. 123/126)" (acórdão, fl. 470e).

Correlacionado à premissa fática incontroversa, delineada no acórdão dos Embargos Declaratórios, no sentido de que "a decisão administrativa que indeferiu o pedido anterior de restituição do indébito utilizado naquele encontro de contas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente foi proferida em 23/07/2004" (fl. 470e), também é fato incontroverso nos autos que, em 26/08/2004 (quinta-feira), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias, contados de 23/07/2004 (sexta-feira), houve apresentação de manifestação de inconformidade contra a decisão de indeferimento do pedido de restituição e de consequente não homologação da compensação feita em 07/01/2004, objeto do processo administrativo 11.924.002396/00-06 (fls. 213/255e), fato esse igualmente relevante e necessário ao deslinde da questão em torno do prazo prescricional bienal, previsto no art. 169 do CTN.

No tocante ao mérito do Recurso Especial, discordo, *data venia*, do Ministro FRANCISCO FALCÃO, que, não considerando a premissa fática incontroversa nos autos, qual seja, a de que houve apresentação tempestiva de manifestação de inconformidade, em 26/08/2004, contra o indeferimento do pedido de restituição objeto do processo administrativo 11.924.002396/00-06 e consequente não homologação da compensação feita, em 07/01/2004, com os valores da contribuição ao PASEP, recolhidos em 1994 e 1995 (fls. 213/255e), acabou por concluir que, "observado que a decisão que denegou a restituição tributária foi exarada em 23/07/2004 e a ação anulatória foi ajuizada em 23/08/2006 (*sic*, em 24/08/2006, fls. 3e e 436e), observa-se a fruição do prazo prescricional bienal, constatada assim a prescrição da ação, a teor do art. 169 do CTN".

Com efeito, o prazo prescricional de dois anos para ajuizamento de ação anulatória de decisão administrativa que denega a restituição, previsto no art. 169 do CTN, não flui enquanto em curso o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de manifestação de inconformidade, à falta de definitividade da decisão (§§ 7º, 9º e 11 do art. 74 da Lei 9.430/96), tanto que a Segunda Turma do STJ já assentou que, "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", por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.035.830/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/10/2010).

Também não comungo, **data venia**, do entendimento externado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, quando afirma que "o pedido deduzido na demanda não diz respeito à anulação de decisão administrativa, mas à nulidade do débito de IRRF da Telemar Norte Leste S/A, referente à competência janeiro/2004"; que "não se trata, portanto, de ação anulatória de decisão administrativa, mas de ação anulatória do débito fiscal – aliás, a própria agravante assim denominou a causa (fl. 4, e-STJ)"; que "o pedido deduzido na inicial não se destina a anular a decisão administrativa proferida no Pedido de Restituição, mas se volta diretamente à anulação do débito fiscal"; que "toda a questão relacionada com a tramitação administrativa do Pedido de Restituição constitui simples fundamento (**causa petendi**), inconfundível com o pedido. Ou seja, o objeto da demanda não é a decisão administrativa, mas o reconhecimento da nulidade, com a consequente desconstituição, do débito propriamente dito de IRRF, confessado em Declaração de Compensação, ao argumento de que o IRRF de janeiro de 2004 foi regularmente extinto pelo 'encontro de contas' com créditos seus, que, alegadamente, não estavam prescritos"; e que "se a hipótese fosse de anulação da decisão administrativa que indeferiu a restituição, como se vê, a prescrição estaria consumada, segundo os parâmetros fáticos estabelecidos no acórdão hostilizado e a disciplina do art. 169 do CTN. Mas, reitero, não se trata de Ação Anulatória da decisão administrativa, mas sim anulatória de débito fiscal".

Com efeito, **da petição inicial desta demanda – nominada "Ação Anulatória de Débito Fiscal" (fl. 4e) – extrai-se que houve cumulação do pedido de desconstituição do débito referente ao IRRF de janeiro de 2004 com outro pedido que, embora descrito como sendo de reconhecimento da validade da compensação efetuada, consubstancia verdadeira pretensão de anulação da decisão administrativa que denegara a restituição**, ou seja, "pede a Autora a procedência dos pedidos formulados nesta ação, para a desconstituição do débito fiscal referente ao IRRF de janeiro de 2004 (valor originário de R\$ 1.664.593,52), **reconhecendo-se a validade da compensação efetuada pela empresa por meio da Declaração de Compensação apresentada em 07/01/2004**. Sucessivamente, caso seja acatada a tese do item 3.4, e caso o montante de crédito apurado nesta hipótese não seja suficiente para a compensação do mencionado débito fiscal de IRRF de janeiro de 2004, pede a Autora seja reconhecida a compensação parcial do débito, devendo a diferença ser quitada por meio do depósito judicial realizado nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos da ação cautelar subjacente" (fl. 21e).

A própria parte ré, na contestação, reconheceu que "**busca a Autora, através da presente Ação Anulatória**, não apenas a desconstituição de crédito fiscal, mas **também a anulação de decisões administrativas válidas e eficazes**" (fl. 276e).

Assim, por entender que a parte autora busca, através da presente ação anulatória, também a anulação da decisão administrativa que denegara a restituição, embora acompanhe eu, na conclusão, os Ministros MAURO CAMPBELL MARQUES e OG FERNANDES, peço vênia para discordar pontualmente do Ministro OG FERNANDES, nos dois aspectos a seguir: (i) quanto à premissa equivocada adotada, no sentido de que "o ajuizamento da demanda foi anterior ao início da vigência da LC 118/2005", quando, na realidade, a presente demanda **foi ajuizada em 24/08/2006**, como anota o acórdão recorrido (fl. 436e), posteriormente, portanto, à Lei Complementar 118/2005; e (ii) quanto ao afastamento do art. 169 do CTN, por se entender que "o dispositivo trata de anulação de decisão administrativa (...) A hipótese concreta, no entanto, versa sobre a anulação do débito fiscal. Assim, entendo que não há o enquadramento no referido dispositivo". No que diz respeito a esse último ponto, entendo que o art. 169 do CTN incide, na espécie, na medida em que, na presente ação anulatória de débito fiscal, ajuizada em 24/08/2006, a parte autora, ora recorrente, pleiteou também o reconhecimento da validade da compensação não homologada na instância administrativa, embora eu conclua que não restou consumado o prazo prescricional bienal, previsto naquele dispositivo do CTN, uma vez considerada a apresentação, em 26/08/2004 (fls. 213/255e), de manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação.

Não obstante o Ministro HERMAN BENJAMIN afirme, embora a título de **obiter dictum**, que "se a hipótese fosse de anulação da decisão administrativa que indeferiu a restituição, (...) a prescrição estaria consumada, segundo os parâmetros fáticos estabelecidos no acórdão hostilizado e a disciplina do art. 169 do CTN", também dela discordo, **data venia**, ante a premissa fática incontroversa de que houve apresentação tempestiva de manifestação de inconformidade pela autora, em 26/08/2004, contra o indeferimento do pedido de restituição objeto do processo administrativo 11.924.002396/00-06 (fls. 213/255e). Considerada essa premissa fática incontroversa, uma vez ajuizada a presente ação anulatória em 24/08/2006 (fls. 3e e 436e), impõe-se a conclusão de que restou observado o prazo prescricional bienal, previsto no art. 169 do CTN.

O Ministro HERMAN BENJAMIN afirma, ainda, que, "**de acordo com a jurisprudência do STJ, pedido administrativo de restituição do indébito não suspende ou interrompe a fluência do prazo prescricional**", citando precedentes que, por versarem sobre prescrição para ação de repetição de indébito, não guardam similitude fático-jurídica com o presente caso, em que se trata não só de ação anulatória que visa a desconstituição do débito fiscal, mas também de anulação da decisão administrativa que denegara a restituição.

Aliás, no Recurso Especial, a parte autora ressaltou que, na origem, trata-se de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"ação anulatória ajuizada para desconstituir débito de IRRF de janeiro de 2004, que foi objeto de compensação realizada com base no art. 74 da Lei 9.430/96, nos autos do processo administrativo (PTA) 11924.002396/00-06" (fl. 481e), inclusive esclarecendo que, "como esta compensação foi indevidamente rechaçada pela autoridade administrativa, a empresa ajuizou uma **ação anulatória de débito fiscal, na qual pretende ver extinto o débito justamente por ter sido quitado por meio de compensação. Em outras palavras, o v. acórdão recorrido comete um equívoco quanto à finalidade da ação em julgamento, pois **não se trata de uma ação de repetição de indébito**, na qual a empresa pede ao Poder Judiciário que lhe declare direito de crédito; **na verdade, trata-se de ação anulatória, que visa afastar a decisão administrativa denegatória e dar efetividade à compensação realizada na via administrativa pela empresa em 2004**" (fl. 496e).**

Quanto à questão em torno da Lei Complementar 118/2005, o Ministro HERMAN BENJAMIN consignou que, "muito embora, na redação original do art. 168 do CTN, fosse pacífico o entendimento jurisprudencial de que o prazo de prescrição da restituição do indébito, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, fosse de dez (10) anos (tese dos 'cinco mais cinco'), o STJ, em julgamento de recurso repetitivo que revisou orientação anterior, concluiu, a partir de tese fixada pelo STF em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, que é irrelevante a data de recolhimento do tributo, aplicando-se o prazo prescricional de apenas cinco anos, nos termos do art. 168 do CTN, com a redação da Lei Complementar 118/2005, quando a demanda que discute a repetição de indébito tiver sido ajuizada após 9.6.2005 (data da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005)". Assim, concluiu que, "no caso dos autos, levando-se em conta que os (supostos) créditos mais recentes da recorrente (referentes ao alegado recolhimento a maior da contribuição ao PIS/PASEP) seriam relativos ao exercício de 1995, bem como que o pedido administrativo de restituição de indébito não obistou a fluência do prazo prescricional, tem-se que a prescrição somente seria interrompida com a propositura da ação judicial (mediante a citação da Fazenda Nacional, com efeito retroativo à data da propositura da ação). Como a demanda foi ajuizada em 26.8.2006, todos os supostos créditos existentes antes de 26.8.2001 estariam prescritos, não sujeitos à repetição de indébito".

Peço vênia para divergir desse respeitável entendimento adotado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, pois, como bem demonstrado pela parte autora, aqui não se trata de ação de repetição de indébito, mas de ação anulatória que visa a desconstituição de débito do IRRF do mês de janeiro de 2004, objeto de declaração de compensação apresentada em 07/01/2004, na qual foram utilizados supostos créditos decorrentes de pagamentos alegadamente devidos ou a maior, a título de contribuição ao PASEP, dos anos de 1994 e 1995, não prescritos.

No acórdão do Tribunal de origem ficou assentado que, na esteira do que decidido pelo Plenário do STF, no RE 566.621/RS, submetido à sistemática da repercussão geral, o prazo de cinco anos definido na Lei Complementar 118/2005 deverá incidir sobre todas as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova Lei (09/06/2005).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que o que restou decidido pelo Plenário do STF, sob a sistemática da repercussão geral, no RE 566.621/RS, e pela Primeira Seção do STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, no REsp 1.269.570/MG, foi que, para as ações de repetição de indébito ajuizadas a partir de 09/06/2005, aplica-se o art. 3º da Lei Complementar 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.

O raciocínio adotado nos precedentes qualificados acima, portanto, é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o momento do exercício do direito de pedir a repetição do suposto indébito é que deve ser considerado para aplicação da Lei Complementar 118/2005. Consequentemente, tem-se o seguinte:

a) se o exercício do direito de pedir a repetição de indébito (que pode ser feito na via judicial, pela ação de repetição) ou na via administrativa (pedido de restituição ou declaração de compensação) tiver ocorrido antes da data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09/06/2005), o prazo será de 10 (dez) anos, conforme a jurisprudência do STJ (tese dos "cinco mais cinco");

b) se o exercício do direito de pedir a repetição do indébito (que, repita-se, pode ser feito na via judicial, pela ação de repetição) ou na via administrativa (pedido de restituição ou declaração de compensação) tiver ocorrido a partir da data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09/06/2005), o prazo será de apenas 5 (cinco) anos, conforme estabelecido na aludida Lei Complementar.

Nesse sentido, aliás, confira-se o enunciado da Súmula 91 do CARF:

"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" (Enunciado publicado no DOU de 18/12/2013).

No caso, o Tribunal de origem entendeu que, como a ação anulatória foi ajuizada após a vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo extintivo do direito de pleitear a restituição deveria ser o de 5 (cinco) anos, conforme o art. 3º da referida Lei Complementar.

No entanto, com fundamento no art. 74 da Lei 9.430/96, a parte autora optou por exercer seu direito de requerer a repetição do suposto indébito tributário **diretamente na via administrativa, por meio de declaração de compensação apresentada em 07/01/2004. Como a compensação não foi homologada pela autoridade administrativa, a parte autora ajuizou a presente ação anulatória de débito fiscal, em 24/08/2006**, visando a desconstituição do débito de IRRF do período de janeiro de 2004, bem como a validação da compensação desse débito com supostos créditos decorrentes de pagamentos alegadamente indevidos ou a maior, a título de contribuição ao PASEP, dos anos de 1994 e 1995.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, o acórdão recorrido incorreu em equívoco quanto à finalidade da ação sob julgamento, pois não se trata de ação de repetição de indébito, mas de ação anulatória, que visa afastar a decisão administrativa denegatória da restituição e dar efetividade à compensação realizada pela parte autora, na via administrativa, em 07/01/2004.

É a data da declaração de compensação (07/01/2004), portanto, o marco temporal a ser considerado para fins de aplicação ou não do novo prazo estabelecido pela Lei Complementar 118/2005, e não a data do ajuizamento da ação anulatória, que é mero desdobramento da compensação feita na esfera administrativa. Logo, o acórdão recorrido deve ser reformado, quanto à decretação da prescrição, pois o prazo para utilização dos supostos créditos, no caso dos autos, era de 10 (dez) anos, a contar do fato gerador.

Importante observar que o art. 168 do CTN dispõe sobre o prazo para o exercício do direito de pleitear a restituição. Um primeiro ponto que deve ser abordado é como se pode exercer o direito de pleitear a restituição. No âmbito federal, há duas formas: a) requerer administrativamente à Fazenda Pública mediante pedido de restituição ou via declaração de compensação (em que já se faz, de forma direta, o encontro de débitos e créditos); ou b) requerer judicialmente a devolução do tributo pago indevidamente (ação de repetição de indébito).

A parte autora optou por exercer seu direito, administrativamente, via declaração de compensação, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/96. A declaração de compensação extingue o débito fiscal compensado sob condição de ulterior homologação pelo Fisco, nos termos do art. 74, § 2º, da Lei 9.430/96, ou seja, a declaração de compensação representa o exercício do direito de pedir a repetição de indébito, a que alude o art. 168 do CTN, tanto quanto o ajuizamento de ação judicial de repetição de indébito. Assim, efetuada compensação com as formalidades da Lei 9.430/96, exercido está o direito de pedir a repetição de indébito, encerrando-se a fluência do prazo previsto no art. 168 do CTN.

Destaque-se, pois, que são hipóteses absolutamente distintas o ajuizamento de ação em que se pleiteia a devolução de tributo pago a maior, e o ajuizamento de ação que busca anular débito fiscal decorrente da não homologação da compensação realizada pelo contribuinte na via administrativa, como é o caso presente.

Como já exposto, a presente ação anulatória, ajuizada em 24/08/2006, visa a desconstituição do débito fiscal de IRRF do mês de janeiro de 2004, decorrente da decisão administrativa que não homologou a compensação desse débito com valores recolhidos, alegadamente de maneira indevida ou a maior, a título de contribuição ao PASEP, nos anos de 1994 e 1995, colhendo-se da contestação o entendimento do Fisco no sentido de que, considerado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados retroativamente da data do pedido administrativo de restituição (29/09/2000), "a maior parte dos recolhimentos já havia sido fulminada pela prescrição, além de terem os referidos pagamentos obedecido à legislação vigente à época dos fatos" (fl. 276e).

Como visto, o suposto indébito decorre de pagamentos alegadamente indevidos ou a maior, a título de contribuição ao PASEP, referentes aos anos de 1994 e 1995, que foram compensados em 07/01/2004. Entretanto, a Receita Federal do Brasil considerou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a maior parte dos supostos créditos estaria prescrita, a contar retroativamente do requerimento administrativo de restituição, datado de 29/09/2000, porquanto a compensação foi realizada após o prazo de cinco anos, a contar dos pagamentos. Ocorre que, na data de 07/01/2004 – em que apresentada, pela autora, a declaração de compensação –, não se achava em vigor a Lei Complementar 118/2005 – que reduziu para cinco anos o prazo para a repetição de indébito de tributos autolancáveis –, de maneira que deveria ser aplicada a tese dos "cinco mais cinco", sufragada por este Tribunal. Ou seja, a parte autora pediu a repetição do suposto indébito por compensação administrativa em 07/01/2004, antes da data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu apenas em 09/06/2005.

A seu turno, o acórdão recorrido considerou que a repetição de indébito estaria sendo pleiteada apenas no momento na propositura desta ação anulatória. Em assim decidindo, o Tribunal **a quo** partiu de um pressuposto equivocado. É que **não se pretende, com a presente ação, repetir indébito algum. Na verdade, o suposto indébito já foi compensado administrativamente pelo contribuinte e a compensação não foi homologada pela Receita Federal do Brasil. Assim, a presente ação foi ajuizada em 24/08/2006, justamente para anular o débito fiscal decorrente da não homologação da compensação.** A fls. 491/492e do Recurso Especial demonstra-se que, no acórdão apontado como paradigma – REsp 1.089.356/PR (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/12/2012) –, adotou-se solução distinta para situação análoga à do presente processo, pelo que merece provimento o Recurso Especial, no mérito.

A propósito, a Segunda Turma do STJ, ao julgar os EDcl no aludido REsp 1.089.356/PR (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 12/12/2012) – apontado como paradigma, no presente Recurso Especial –, deixou assentado que o "artigo 168 do CTN estabelece o prazo de cinco anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou a maior. Como a decadência e a prescrição são matérias que pertencem ao âmbito das normas gerais de direito tributário e reclamam lei complementar para sua disciplina, o referido artigo aplica-se tanto à esfera administrativa quanto à judicial. Na via administrativa, o prazo tem natureza decadencial; na via judicial, tem caráter prescricional".

Nesse sentido é o abalizado posicionamento doutrinário de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI:

"Utilizar-se-á a expressão 'decadência do direito do contribuinte' para a extinção do direito de pleitear o débito do Fisco pela via administrativa, e 'prescrição do direito do contribuinte' para o exercício do direito de cobrar o débito do Fisco pela via judicial. As normas gerais e abstratas que regem a decadência e a prescrição do direito do contribuinte produzem regras individuais e concretas que veiculam, em seu antecedente, o fato concreto do decurso do tempo qualificado pela omissão do contribuinte e, em seu consequente, a extinção, respectivamente, do direito de pleitear administrativamente o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

débito e do direito à ação judicial de cobrança do débito do Fisco.

Convém salientar que as normas gerais e abstratas da decadência e a prescrição do direito do contribuinte são construídas, basicamente, a partir dos mesmos dispositivos do CTN, coisa que pode parecer estranha ao intérprete mais apegado ao plano da literalidade. Ocorre que o plano da literalidade não está em correspondência biunívoca com o plano das normas jurídicas, como se fosse possível ligar por um fio uma norma a um artigo e vice-versa." (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição do direito do contribuinte e a LC 118: entre regras e princípios. In CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). **Decadência e prescrição em direito tributário**. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 249).

No mesmo sentido, THIAGO BUSCHINELLI SORRENTINO também faz as seguintes observações a respeito da natureza do prazo extintivo do direito de pedir a restituição do indébito tributário:

"Partindo-se dos enunciados referidos, observa-se que tanto as normas de decadência quanto as normas de prescrição têm por consequência 'a extinção do direito de pedir a restituição do valor pago indevidamente em razão de uma obrigação tributária'. A diferenciação se dá quanto ao sujeito competente para o processamento do pedido: **a decadência extingue o direito de pedir-se a restituição pelo fluxo de positividade administrativo, enquanto a prescrição extingue o direito de pedir-se a restituição pela via judicial**" (SORRENTINO, Thiago Buschinelli. Prescrição do direito do sujeito passivo à restituição do indébito tributário e a norma 'interpretativa' do art. 3º da LC 118/2005: função operacional, estrutura e validade. In CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). **Decadência e prescrição em direito tributário**. São Paulo: MP Editora, 2008, pp. 289-290).

Como o art. 168 do CTN aplica-se às instâncias administrativa e judicial, em se tratando de pedido administrativo de restituição ou declaração de compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação apresentados antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, deve ser observada a tese dos "cinco mais cinco".

Aliás, nas razões do presente Agravo interno, a parte autora noticiou que "este entendimento vem sendo acatado pela própria Fazenda Nacional. Com efeito, **a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional publicou o Parecer PGFN 1.247/2014 (doc. 01), por meio do qual a própria Fazenda Nacional reconhece que, 'em se tratando de pleito administrativo anterior à vigência da LC 118/2005 ou de demanda judicial que, embora posterior, seja a este (anterior) relativa (art. 169 do CTN), deve ser observada a sistemática da 'tese dos cinco mais cinco'**" (fls. 591/592e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, por se tratar de ação anulatória em que se defende a inexistência de decadência do direito de pleitear administrativamente a restituição ou compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, deve ser aplicada a tese do prazo decenal, considerando-se, como marco interruptivo desse prazo, a data da declaração de compensação apresentada em 07/01/2004, anteriormente ao início da vigência da Lei Complementar 118/2005.

Por fim, afastadas a decadência (reconhecida na esfera administrativa) e a prescrição (reconhecida pelo Tribunal de origem), a aplicação do direito à espécie, quanto à questão em torno da existência de crédito a ser utilizado na compensação, pressupõe o exame de matéria fática controvertida, de modo que se faz necessário o retorno dos autos à origem, para ultimação do procedimento de subsunção dos fatos às normas jurídicas incidentes, na espécie.

Ante o exposto, pedindo a mais respeitosa vênia ao Relator, Ministro FRANCISCO FALCÃO, e ao Ministro HERMAN BENJAMIN – que o acompanhou na conclusão, embora por fundamentos diversos –, acompanho a divergência, inaugurada pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, para dar provimento ao Agravo interno, de modo a afastar a Súmula 7/STJ, a fim de **conhecer** do Recurso Especial e dar-lhe parcial provimento, tão somente para afastar a prescrição da pretensão de validação da compensação tributária, relativamente aos dez anos anteriores à data de entrega da declaração de compensação, em 07/01/2004, determinando o retorno dos autos à origem, para que se prossiga no julgamento da causa, como se entender de direito.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0164495-3 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.683.673 / RJ** **AgInt no**

Números Origem: 00163663820064025101 200651010142691 200651010163669

PAUTA: 21/06/2022

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Relator para Acórdão

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA RODRIGUES SOARES**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : DONOVAN MAZZA LESSA E OUTRO(S) - RJ121282
SACHA CALMON NAVARRO COELHO - RJ112794A
EDUARDO MANEIRA - RJ112792A
FERNANDO REZENDE ANDRADE - RJ153186
EDUARDO LOURENCO GREGORIO JUNIOR - DF036531
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando provimento ao agravo interno a fim de conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Og Fernandes e Assusete Magalhães.