



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10140.002416/2004-53
Recurso n° 252.257 Voluntário
Acórdão n° 3401-00.568 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de fevereiro de 2010
Matéria Restituição e Compensação de Cofins - prescrição
Recorrente PROJEMIX PROGRAMAS GERAIS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 08/09/1994 a 10/01/1997

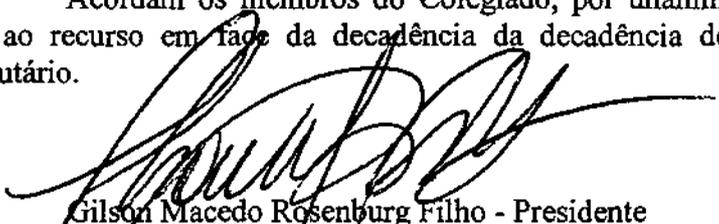
COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO.

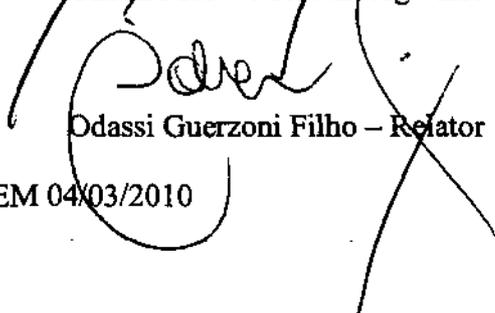
O direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição paga indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação. Observância aos princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso em face da decadência da decadência de o contribuinte repetir o indébito tributário.


Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente


Odassi Guerzoni Filho – Relator

EDITADO EM 04/03/2010

Participaram do julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Luciano Pontes de Maya Gomes, Dalton César Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenburg Filho.

Relatório

A principal matéria deste julgamento versa sobre a perda ou não por parte da Recorrente de seu direito de ver reconhecida a existência de créditos junto à Fazenda Nacional por conta de pagamentos tidos por ela como indevidos a título de Cofins, pagamentos estes realizados entre setembro de 1994 e janeiro de 1997, enquanto que a data em que formalizou o Pedido de Restituição se deu em 31/08/2004.

Para a Recorrente o prazo seria de dez anos (cinco anos para a homologação tácita, adicionados mais cinco anos do prazo estabelecido no inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional), enquanto que para a instância de piso, que, adotando a mesma linha da Unidade de origem e se apoiando no inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional, concluiu que o prazo é de apenas cinco anos.

Também arguiu a Recorrente em sua peça que a DRJ não teria analisado o seu pedido, que a Administração tributária deveria seguir o entendimento dos tribunais superiores, notadamente, o STJ, que os programas de transmissão das declarações retificadoras não permitiriam aos contribuintes inserir informações com datas superiores a cinco anos, que não haveria isonomia entre os contribuintes que apresentam o pedido eletrônico e aqueles que o fazem em formulário, e, por fim, que a cobrança contra si efetuada em face da decisão da DRJ seria nula, porquanto o seu direito de defesa não teria ainda se exaurido.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, Relator

A tempestividade se faz presente pois, cientificada da decisão da DRJ em 05/12/2007, a interessada apresentou o Recurso Voluntário em 03/01/2008. Preenchendo os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Não obstante admita as posições divergentes, para mim o marco inicial de contagem do prazo prescricional para fins de se postular direito à repetição de indébito não é nem a data da publicação de acórdão proferido pelo STF em ADIn, nem a Resolução Senatorial que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconheça a inconstitucionalidade de exigência de tributo e nem a data de publicação de ato administrativo que reconheça o caráter indevido de exação tributária; antes, é a data do pagamento.

A repetição do indébito tributário está tratada nos artigos 165, I e 168, I, do CTN, *verbis*:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;”

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

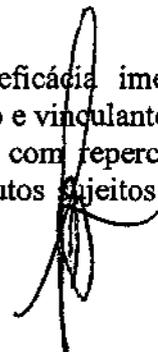
I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;”(grifei)

De outra parte, no § 1º do artigo 150, consta que nos casos cujo lançamento se dá por homologação – como é o caso da Cofins - o pagamento, feito antecipadamente pelo sujeito ao qual a legislação atribuiu o dever de fazê-lo, extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de ulterior homologação.

Desta forma, não é o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data de pagamento, que determina o momento de extinção do crédito tributário; é o próprio pagamento. Nem levarei adiante a discussão de que o CTN poderia ter sido mais claro ao tratar do assunto, já que, na modalidade de lançamento por homologação, da forma como está redigida a matéria que dele trata, fica-nos a impressão de que não há crédito tributário algum a ser extinto, visto que ainda não lançado. Assim, diante de uma antecipação (pagamento) à ação do Fisco (lançamento) feita pelo sujeito passivo, sobreviria o pronunciamento da Fazenda Pública (apurando a base de cálculo, aplicando a alíquota, atestando a data de vencimento etc.) homologando ou não aquele lançamento antecipado e, no mesmo momento, a “constituição”, o “lançamento” de um crédito inexistente, visto que pago. Estamos diante, portanto, de uma modalidade de tributo sem lançamento.

Mas, retornando ao ponto central da discussão, é o pagamento que extingue o crédito, iniciando-se, neste momento, inclusive, a fruição do prazo de cinco anos que o sujeito passivo tem para repeti-lo, se for o caso. Ora, se pode o sujeito passivo, de imediato, exercer o direito à restituição, com base apenas no pagamento antecipado, ainda que pendente de homologação, não estaria corretamente equacionada a relação jurídica fisco-contribuinte se o curso do prazo do artigo 168 do CTN fosse submetido a outro termo que não seja o próprio pagamento antecipado, o qual, com apoio da legislação, para tal efeito, deve ser considerado como causa de extinção do crédito tributário. Sob tal prisma de análise, o prazo a que se refere o artigo 168 do CTN deve ser interpretado no sentido de que o contribuinte pode postular a restituição do tributo desde o momento em que efetuado o pagamento antecipado até o decurso do prazo de cinco anos.

Não é a condição resolutória que impede a eficácia imediata do ato (pagamento), mas apenas sujeita a sua validade, em caráter definitivo e vinculante para o Fisco, a um fato futuro e incerto que pode desconstituir-lhe a validade, com repercussão sobre a relação jurídica firmada. Assim, o pagamento antecipado, nos tributos sujeitos a lançamento



3

por homologação, não tem a sua eficácia inibida, tanto que no § 1º do artigo 150 expressamente menciona que há extinção do crédito tributário, embora não de modo definitivo.

Da obra "*Direito Tributário Brasileiro*", de autoria de Luciano Amaro, Editora Saraiva, 11ª Edição, 2005, às páginas 427 e 428, extraio o seguinte comentário:

"A restituição deve ser pleiteada no prazo de cinco anos, contados do dia do pagamento indevido, ou, no dizer inadequado do Código Tributário Nacional (art. 168, I), contados da 'data da extinção do crédito tributário'.

Esse prazo – cinco anos contados da data do pagamento indevido – aplica-se, também, aos recolhimentos indevidos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em relação aos quais o Código prevê que o pagamento antecipado (art. 150) 'extingue o crédito, sob condição resolutória' (§ 1º). O Superior Tribunal de Justiça, não obstante, entendeu que o termo inicial do prazo deveria corresponder ao término do lapso temporal previsto no artigo 150, § 4º, pois só com a 'homologação' do pagamento é que haveria 'extinção do crédito', de modo que os cinco anos para pleitear a restituição se somariam ao prazo de cinco anos que o fisco tem para homologar o pagamento feito pelo contribuinte. Opusemo-nos a essa exegese, que não resistia a uma análise sistemática, lógica e mesmo literal do código. O art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005, à guisa de norma interpretativa (art. 4º, in fine), reiterou o que o art. 150, § 1º já dizia, ao estatuir que, para efeito do referido art. 168, I 'a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150'."

Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos (tácita) ou por ato da autoridade administrativa (expressa), e que, a partir daí, ocorreria o início da contagem do prazo prescricional quinquenal. Essa formulação implica numa desatenção à ordem jurídica brasileira, que, desde o Império¹, passando pelo Código Civil de 1916, pelo Decreto 20.910, de 6/01/1932 e Decreto-Lei nº 4.597, de 19/08/1942, vem consagrando a **prescrição quinquenal** contra a Fazenda Pública.

Nessa linha, o posicionamento da CSRF, que no Acórdão nº 02-02.433, de 16/10/2006, assim decidiu:

"COFINS. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. O direito de pedir restituição da Cofins extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento indevido".

RECURSO ESPECIAL NEGADO.

Assim, considerando que o sujeito passivo protocolizou seu pedido de repetição em 30/08/2004, todos os pagamentos não podem ser restituídos e/ou compensados, fulminados que foram pelos institutos da decadência/prescrição, haja vista que realizados, o mais recente deles, há mais de sete anos.

¹ "Art. 1º A prescrição de 5 anos posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referência ao capítulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorre na mesma prescrição."

A análise quanto à materialidade do pedido, que, segundo a Recorrente, sequer teria sido analisada pela instância de piso, mostra-se prejudicada.

Em face de todo o exposto, nego provimento ao recurso.


Odassi Guerzoni Filho