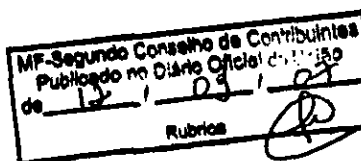




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10768.213749/99-65
Recurso nº : 130.855
Acórdão nº : 203-11.167



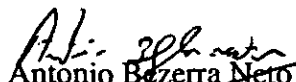
Recorrente : EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-
EMOP
Recorrida : DRJ-II no Rio de Janeiro - RJ

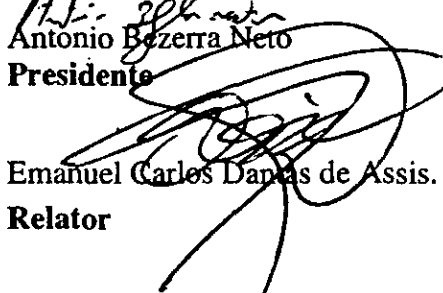
COFINS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. Nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 1º, do CTN, o direito de pleitear a repetição de indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior extingue-se em cinco anos, a contar do pagamento.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-EMOP.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso, face à decadência.** Vencidos Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente), Mauro Wasilewski (Suplente), Raquel Motta Brandão Minatel (Suplente) e Valdemar Ludvig que davam provimento para afastar a decadência pela tese dos dez anos.

Sala das Sessões, em 27 de julho de 2006.

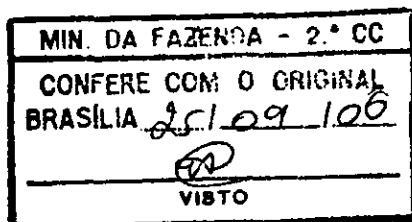

Antonio Bezerra Neto
Presidente


Emanuel Carlos Dantas de Assis.
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira e Odassi Guerzoni Filho.

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Cesar Piantavigna, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/inp





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRÁSÍLIA 25/09/06
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.213749/99-65
Recurso nº : 130.855
Acórdão nº : 203-11.167

Recorrente : EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-
EMOP

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição de fls. 163/165, protocolizado em 21/07/2004, relativo a saldo remanescente no valor de R\$ 100.888,38, oriundo de recolhimentos a maior da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), períodos de apuração 01/96 a 04/96. Os pagamentos que originaram o indébito em questão foram realizados entre 09/02/96 e 10/05/96, por meio dos DARF com cópias às fls. 50/57.

O presente processo teve origem com a cobrança de débitos da COFINS, realizada pela Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN) e contestados pela empresa sob alegação dos pagamentos a maior referidos. No requerimento de fls. 30/33, com data de 29/06/99, a empresa informa ter procurado a Agência da Receita Federal/Tijuca, em data anterior ao recebimento das notificações emitidas pela PGFN, buscando o processamento dos acertos no sistema conta corrente com vistas à regularização dos débitos.

O valor cuja restituição ora se discute resulta de imputação realizada pelo órgão de origem da Secretaria da Receita Federal, em 12/02/2001 (fl. 152).

O Pedido foi indeferido sob o fundamento de que na data da sua protocolização (21/07/2004) já se encontrava extinto o direito à repetição (fls. 182/183).

Na Manifestação de Inconformidade de fls. 187/192, vol. II, a requerente alega, basicamente, que o prazo decadencial em tela só começa a contar da homologação tácita, conforme jurisprudência do STJ, e que de todo o pedido de compensação formulado em junho de 1999 interrompeu a prescrição, que só voltou a fluir em 12/02/2001.

A 5ª Turma da DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 263/270, por unanimidade de votos referendou o indeferimento, e também considerou decaído o direito à repetição do indébito.

Tratando do requerimento apresentado em 1999, a DRJ entendeu que não pode ser considerado como um pedido de compensação, posto que à época a compensação entre tributos da mesma espécie podia ser efetuada independentemente de requerimento, nos termos do art. 14 da IN SRF nº 21/97, e o seu objetivo era tão-somente justificar a inexistência do débito exigido pela PGFN, com o cancelamento da inscrição da dívida. Tanto assim que foi endereçado ao Procurador da Fazenda Nacional, autoridade que não detém a competência legal para apreciar pedido de compensação ou restituição de tributos administrados pela SRF. Aduz que por isto o contribuinte não incluiu no documento apresentado o pedido de restituição do saldo remanescente apurado (refere-se ao demonstrativo de fl. 59, elaborada pela requerente, o qual não contém qualquer valor a restituir).

O Recurso Voluntário de fls. 273/293, tempestivo (fls. 272, verso, e 273), após transcrever os inteiros teores da decisão recorrida e da Manifestação de Inconformidade, insiste em que a decadência não ocorreu. No mais, reproduz trabalho doutrinário acerca do art. 3º da LC nº 118/2005, segundo o qual esta não pode ser aplicada de forma retroativa, quando implicar em prejuízo para o contribuinte.



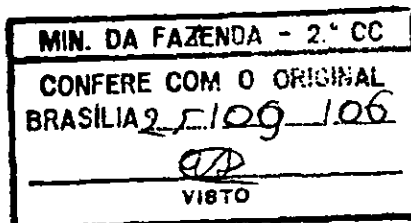
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.213749/99-65
Recurso nº : 130.855
Acórdão nº : 203-11.167

Apenso a este processo segue o de nº 10768.213750/99-44, contendo o restante dos débitos da COFINS cobrados pela PFGN e contestados pela recorrente em 1999.

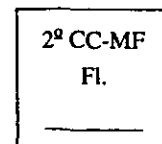
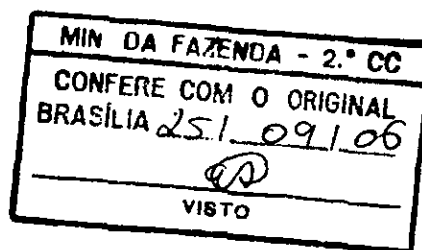
É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.213749/99-65
Recurso nº : 130.855
Acórdão nº : 203-11.167



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

A requerente, por meio do pedido de fls. 30/33, contestou em 29/06/1999, junto à Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN), a cobrança de valores da COFINS, alegando o direito à compensação com pagamentos a maior da mesma Contribuição. Os pagamentos que originaram o crédito a compensar correspondem aos períodos de apuração 01/96 a 04/96, foram realizados entre 09/02/96 e 10/05/96 e totalizam R\$ 590.111,51, este o valor informado no requerimento protocolizado em junho de 1999.

Embora a cobrança efetuada pela PGFN tenha sido cancelada, com o emprego de saldos disponíveis, oriundos de pagamentos comprovadamente a maior (tudo conforme o despacho de fl. 153, com data de 12/02/2001), somente em 21/07/2004 a requerente pleiteou a restituição do saldo credor remanescente, no valor de R\$ 100.888,38, este apurado pelo órgão de origem em 12/02/2001, conforme o demonstrativo de fl. 152.

A empresa podia – e devia – ter solicitado a repetição de indébito antes. Como à época a IN SRF nº 21/97 possibilitava a compensação entre tributos da mesma espécie sem a formalização de processo administrativo, podia ter apresentado DCTF, compensando o saldo credor ora alegado, com débito da própria COFINS. Caso pretendesse usar o saldo credor em questão para compensação de débitos de outra espécie, devia ter formalizado o processo próprio. Finalmente, como terceira alternativa podia ter formalizado o pedido de restituição, o que só fez após o prazo decadencial, como demonstrado adiante.

Antes destaco que nem o requerimento de 29/06/1999, já referido, nem o de fls. 117/119, este com data de 27/08/99 e reiterando a compensação alegada no primeiro, contém qualquer pedido de repetição referente ao saldo credor alegado somente em 2004. Aqueles só tratam da contestação à cobrança realizada pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Quanto à alegação de que teria havido interrupção da prescrição entre 29/06/1999 e 12/02/2001, não pode ser acatada porque em nenhum momento o pedido de restituição restou obstaculado.

Na situação dos autos, de pagamento a maior, o prazo decadencial é de cinco anos, contado de cada pagamento indevido.

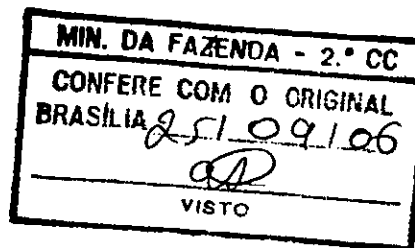
Como o Pedido de Restituição foi protocolizado em 21/07/2004 e os pagamentos foram realizados entre 09/02/96 e 10/05/96, todo o indébito porventura existente está atingido pela decadência.

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça interpreta diferente. Passou o Tribunal a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente da origem do indébito ser inconstitucionalidade de lei.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.213749/99-65
Recurso nº : 130.855
Acórdão nº : 203-11.167



2ª CC-MF
Fl. _____

Contudo, não me parece melhor a tese abraçada pelo STJ em inúmeros julgados, segundo a qual na existência de pagamento antecipado (para esse Tribunal quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação) o início da contagem do prazo prescricional no final dos cinco anos contados a partir do pagamento (ou do fato gerador, no caso da decadência), “duplicando” para 10 anos o intervalo.

Tal interpretação considera que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.¹ O Tribunal tem examinado em conjunto os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN e deslocado o *dies a quo* da decadência para o final dos cinco anos referidos no art. 150, § 4º, contando a partir de então outro quíntuplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o *dies ad quem* passa para 10 anos após o fato gerador.

Se levarmos em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do direito recebesse um prêmio (a dilação do termo inicial da decadência) por não exercê-lo no prazo prefixado. Da mesma forma com o prazo prescricional para repetição de indébito: quem pagou a maior ou indevidamente, por não exercer o direito nos primeiros cinco anos, estaria a receber como “prêmio” idêntica dilação de prazo.

É certo que o lançamento por homologação *pode* ser lançado tão logo acontecido o fato gerador. Assim, o termo *poderia*, inserido no art. 173, I do CTN para delimitar o marco inicial da decadência, precisa ser interpretado como se referindo ao início do tempo em que o lançamento de ofício (em substituição do de homologação, no caso de imposto devido maior que o apurado pelo contribuinte) *pode* ser feito, não o contrário, como pretende o STJ, ao interpretar que o prazo para o lançamento de ofício só começa após o fim do prazo para homologação.

Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar ou valor a restituir, inclusive) -, também o prazo prescricional para a repetição do indébito começa do pagamento antecipado, que extingue a obrigação tributária consoante o § 1º do mesmo artigo. Essa a regra geral, que só não se aplica na hipótese de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos.

Como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), na situação de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos descabe, *data venia*, considerar a data de cada recolhimento indevido, que deve ser substituída pela data de publicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade), da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou da publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior aos dois primeiros.

Como a situação dos autos não é o caso de inconstitucionalidade, mas de pagamento indevido, realizado a maior perante a legislação de regência, o termo inicial do prazo decadencial é a data do pagamento. Daí a decadência, para todos os pagamentos em questão.

¹ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.213749/99-65

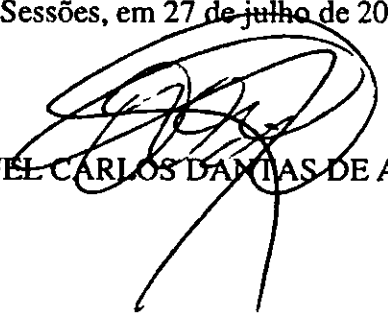
Recurso nº : 130.855

Acórdão nº : 203-11.167

Por fim ressalto que a interpretação acima independe da Lei Complementar nº 118/2005. Por meio desta o legislador apenas produziu interpretação autêntica que, a meu ver, já decorre do CTN.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 27 de julho de 2006.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

