



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA

Processo nº : 10860.004367/2002-04
Recurso nº : 201-124111
Matéria : RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente : OFTALMOLOGIA DR. IVANIR M. DE A. FREIRE S/C LTDA
Recorrida : 1ª CÂMARA DO SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : FAZENDA NACIONAL
Sessão de : 24 de julho de 2006
Acórdão nº : CSRF/02-02.368

COFINS. PAGAMENTOS INDEVIDOS OU A MAIOR. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. O direito de pleitear a repetição do indébito tributário oriundo de pagamentos indevidos ou a maior da COFINS extingue-se no prazo de cinco anos a contar da extinção do crédito que se dá com o pagamento indevido.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por OFTALMOLOGIA DR. IVANIR M. DE A. FREIRE S/C LTDA,

ACORDAM os Membros da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Valdemar Ludvig (Substituto convocado), Maria Teresa Martínez Lopez, Adriene Maria de Miranda e Mário Junqueira Franco Júnior que deram provimento ao recurso.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

ANTONIO BEZERRA NETO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 06 OUT 2006

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOSEFA MARIA COELHO MARQUES, GUSTAVO VIEIRA DE MELO MONTEIRO, ANTONIO CARLOS ATULIM e HENRIQUE PINHEIRO TORRES.

ABN

Processo nº : 10860.004367/2002-04
Acórdão nº : CSRF/02-02.368

Recurso nº : 201-124.111
Recorrente : OFTALMOLOGIA DR. IVANIR M. DE A. FREIRE S/C LTDA
Interessada : FAZENDA NACIONAL

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição (fl. 01), no valor de R\$5.858,49, referente à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, nos períodos de apuração de agosto de 1996 a fevereiro de 1997, com base na Lei Complementar nº 70/91.

Inconformada com a decisão da DRF em Taubaté - SP, às fls. 55/56, a contribuinte apresentou a tempestiva Impugnação de fls. 59/79, alegando, em suma, que:

- o Conselho de Contribuintes já decidiu que a isenção da Cofins, concedida as sociedades civis prestadoras de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, pela LC 70/91, independe do regime de tributação adotado para o imposto de renda;
- conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;
- não cabe ao administrador ampliar o alcance da lei, de forma a criar imposição tributária com base em Parecer Normativo, nem ao menos restringir seu conteúdo, pois ao negar direito ou protelá-lo está agindo em desacordo com a finalidade do ato administrativo.

Em decisão, de fls. 83 a 88, a DRJ em Campinas - SP, por unanimidade de votos, indeferiu a solicitação de restituição de valores pagos a título de Cofins.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs Recurso Voluntário, de fls. 91 a 118, a este Conselho de Contribuintes, onde repetiu os argumentos apresentados anteriormente.

Os membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, através da decisão de fls. 137 a 140, acordaram, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

"COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO.

O prazo para pedido de restituição é de cinco anos, contados da data do recolhimento indevido ou a maior do que o devido.

Recurso negado."

Às fls. 144 a 155, a contribuinte interpôs Recurso Especial, solicitando a reforma da decisão, quanto à questão da decadência do direito de pleitear a restituição e/ou compensação da Cofins. No caso, solicita que seja reconhecido o prazo de dez anos, uma vez que o prazo

Processo nº : 10860.004367/2002-04
Acórdão nº : CSRF/02-02.368

prescricional (cinco anos) deveria ser contado a partir da homologação tácita (cinco anos do pagamento indevido), nos termos da jurisprudência do STJ.

Sem contra-razões.

É o relatório.



Processo nº : 10860.004367/2002-04
Acórdão nº : CSRF/02-02.368

VOTO

Conselheiro ANTONIO BEZERRA NETO, Relator.

O recurso especial do sujeito passivo pode ser admitido nos termos do art. 32, II, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55/98, e, portanto, dele tomo conhecimento.

A Câmara recorrida decidiu que o direito à repetição do indébito havia decaído, visto que o parazo decadencial para o exercício desse direito, se daria cinco anos contados da data do recolhimento indevido ou maior do que o devido. *In casu*, tendo a recorrente ingressado com o seu pedido de compensação em 18 de julho de 2002, todos os recolhimentos anteriores a julho de 1997 estariam fulminados pela decadência.

Como relatado, o sujeito passivo pede a aplicação do prazo de dez anos para restituição do tributo pago indevidamente, visto que o prazo prescricional para o exercício desse direito iniciava-se a partir da homologação do lançamento (prazo decadencial), que pro sua vez se daria cinco anos após a ocorrência do pagamento indevido.

Desnecessário se faz a distinção entre prescrição e decadência, no caso do direito de repetir o indébito, quando este direito está claramente descrito em categorias jurídicos-positivas (arts. 165 e 168 do CTN). Não podemos nos afastar do fato de que, decadência e prescrição são, no dizer de Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, vol.6, p.100) conceitos jurídicos-positivos.

Estas categorias jurídicos-positivas estão muito bem delineados 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)

Releva ressaltar para os adeptos da tese dos "cinco mais cinco anos" que o § 1º do artigo 150 afirma que no lançamento por homologação o pagamento extingue o crédito tributário, por condição resolutória de ulterior homologação. Essa condição não descaracteriza a extinção do crédito no momento do pagamento do tributo, pois não impede a eficácia imediata do ato produzido. Aliás, tal aspecto foi ratificado pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que definiu, em seu art. 3º, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário:

"Art. 3º-Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 -Código Tributário Nacional, 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 da referida Lei. "

Processo nº : 10860.004367/2002-04
Acórdão nº : CSRF/02-02.368

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 ou por ato da autoridade administrativa.

Refutação da Tese dos cinco mais cinco anos

Outrossim, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese. Explico-me melhor. É sabido que os argumentos utilizados pelos defensores dessa tese quanto à decadência de repetir o indébito foram extraídos a partir dos argumentos utilizados na análise do fenômeno da decadência do lançamento. Esse empréstimo de argumentos oriundos da situação de lançamento para a situação de repetição de indébito se escora em um forte pressuposto: que as situações sejam simétricas de forma que a argumentação utilizada em uma se amoldaria completamente na outra. Desse pressuposto pode-se extrair ainda uma outra consequência, se ambas as situações de fato forem dignas de simetria, qualquer falha, por exemplo, na argumentação concernente à decadência do lançamento irá refletir-se automaticamente nos pilares da argumentação atinente à decadência de repetir o indébito.

Quanto ao primeiro pressuposto, de plano verifica-se que as situações são **assimétricas**, pois mesmo que admitíssemos que o lançamento não se extingue com o pagamento antecipado, mas sim com sua homologação, não existe possibilidade alguma, nem teórica e nem muito menos prática, de se admitir que o pagamento indevido só possa ser repetido após a homologação do lançamento e não no dia seguinte ao evento que caracterizou o pagamento indevido, como vem sempre ocorrendo na praxe cotidiana. Por essa linha de raciocínio, o direito de pleitear o indébito só surgiria ao final do prazo de homologação tácita, de modo que o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação, o que nos parece um absurdo. Ou mesmo, que uma vez efetuado o pagamento antecipado, o contribuinte necessitaria aguardar que sobrevenha a homologação tácita ou expressa para requerer certidão negativa de débitos, nos termos do art. 205 do CTN, situação que seria mais absurda ainda. Isso tudo se dá, porque o pagamento antecipado, ainda que em montante inferior ao devido, gera efeitos jurídicos a partir do momento em que é efetuado, passando o sujeito passivo a ser detentor de direitos mesmo antes da homologação tácita ou expressa.

Apenas para argumentar, mesmo que por absurdo admitíssemos o pressuposto de que ambas as situações são simétricas (lançamento e repetição de indébito), são muitos os argumentos que infirmam a tese dos “cinco mais cinco anos” no que diz respeito ao lançamento, senão vejamos.

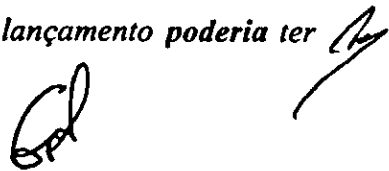
De fato, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese pois o que se homologa não é o pagamento, mas sim a atividade, logo a falta do pagamento não enseja que se saia do escopo do art. 150, §4º (lançamento por homologação) para adentrar a seara do lançamento de ofício (art. 173, I), numa interpretação sistemática totalmente incoerente.

CTN

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

1 - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)” (grifei)



Processo nº : 10860.004367/2002-04
Acórdão nº : CSRF/02-02.368

Como se não bastassem essas falhas, ainda forte no mestre Eurico de Santi, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão “poderia” como “poder-que-não-pode-mais”, como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que “poder” não é conduta, é modalizador de conduta, imprestável, portanto, para ser demarcador do prazo decadencial. O intérprete deveria no caso ter tomado como conduta o primeiro momento que se “poderia lançar”, e não a perda do poder de lançar (último poderia), acarretando ainda um outro equívoco, qual seja, o desencadeamento do fenômeno da recursividade infinita. Pois, nada impede de a perda de poder sempre se instale novamente no antecedente da norma como hipótese para o surgimento de novo poder (173, I), em prazo subsequente, de forma que, ao cabo dessa “nova” competência, se dá novamente outro poderia, que outra vez, faz iniciar prazo para lançar e assim *ad eternum*. O absurdo e a insegurança no direito se instala, justamente o que a decadência e a prescrição desejam evitar.

Dessa forma, não há como o administrador público afastar a prescrição/decadência na repetição de indébito tributário, mesmo quando a inconstitucionalidade for declarada depois da ocorrência desse fato jurídico, em face de tudo que foi dito alhures e das normas gerais e abstratas correspondentes a estes institutos estarem perfeitamente descritas em categorias jurídicos-positivas na figura dos arts. 165 e 168 do CTN.

Assim, concluo que o termo inicial para contagem do prazo prescricional/decadencial de cinco anos para repetição do indébito tributário é a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido).

Isso posto, considerando que a contribuinte protocolizou seu pedido de repetição em 18/07/2002, os pagamentos efetuados antes de 18/07/1997, não podem ser restituídos e/ou compensados por estarem prescritos/decaídos.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo, por considerar decaídos os recolhimentos anteriores a 18/08/94.

É assim como voto.

Sala das Sessões -DF, em 24 de julho de 2006.


ANTONIO BEZERRA NETO

