



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24/10/2008
533
Sílvia Siqueira Rosa
Mat.: SIAPE 91745

CC02/C01
Fls. 215

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº 13660.000308/2003-84
Recurso nº 136.394 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.367
Sessão de 08 de agosto de 2008
Recorrente HOTÉIS PRIMUS S/A
Recorrida DRJ em Juiz de Fora - MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1993 a 30/09/1994

COFINS. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O direito de pedir restituição/compensação de Cofins extingue-se em cinco anos, contados do pagamento. A edição da Lei Complementar nº 118/2005 esclareceu a controvérsia de interpretação quanto ao direito de pleitear a restituição do indébito, sendo de cinco anos contados da extinção do crédito que, no lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado previsto no § 1º do art. 150 do CTN.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Alexandre Gomes (Relator) e Ivan Allegretti (Suplente), que davam provimento parcial para afastar a prescrição dos recolhimentos a partir de janeiro de 1994. Designado o Conselheiro Maurício Taveira e Silva para redigir o voto vencedor.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente

Maurício Taveira e Silva
MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, José Antonio Francisco e Gileno Gurjão Barreto.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24/10/2008
Silvio Silveira Barbosa Mat.: Sispes 91745	

Relatório

Trata-se de Declaração de Compensação (fl. 01) de créditos decorrentes de recolhimentos a maior ou indevidos da Cofins, do IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL, relativos aos períodos de apuração de janeiro de 1993 a setembro de 1994 e janeiro de 1995, no valor de R\$ 4.668,83 (fls. 02/03), com débitos da Cofins (2172) no período de apuração de 31/05/2002, no valor de R\$ 3.110,90.

O pedido de restituição e compensação relativa à Cofins da competência de 05/2002 foi protocolado em 29/12/2003.

Posteriormente, apresentou 10 (dez) PER/DComps eletrônicas, informando como origem dos créditos o presente processo de restituição.

Após analisar todas as compensações e o pedido de restituição, a Delegacia da Receita Federal em Varginha - MG julgou no seguinte sentido:

"O direito de pleitear a restituição ou declarar a compensação de tributo ou contribuição recolhido indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário (CTN lei nº 5.172/66, artigo 165 e 168)

Compensações NÃO HOMOLOGADAS".

Inconformada, a recorrente apresentou sua manifestação de inconformidade em 01/09/2004, arguindo, em síntese, o seguinte:

a) a inexistência do princípio da isonomia, alegando que, dentre as várias modificações, vale destacar que, no pedido eletrônico de compensação, o PER/DComp, o contribuinte tem a prerrogativa de compensar ou pagar um valor que está aberto a mais de 5 (cinco) anos, do ano de 1993 até o ano 2003, o sistema faz perfeitamente esta compensação. Agora, na via inversa, que é o presente caso, a contribuinte não pode compensar nenhum valor que foi recolhido a maior aos cofres públicos, não se sabe por quê (fls. 162/163);

b) quanto à decadência alegada, não deve ser acolhido tal argumento. É que, por se tratar de pagamentos indevidos ou maior, não estamos falando de tributos e sim indébitos, existindo, assim, uma obrigação de natureza real, simplesmente alguém recebeu algo que não lhe era devido, e mais nada. Todavia, a forma que tal fato ocorreu deu-se via recolhimento de tributos sujeitos ao lançamento por homologação e neste caso sim o prazo para requerer a restituição tem início dentro dos cinco anos da ocorrência do fato gerador. O que torna inconcebível, de toda a maneira, o Despacho Decisório adotado pelo ilustre Delegado, pois o que a empresa está pleiteando é a compensação e não a restituição (fl. 164);

c) discorre acerca das diferenças entre o direito à restituição e o direito à compensação; e

d) afirma que não se poderia dizer que o direito a compensação, do contribuinte, não está estabelecido em nosso ordenamento. O Código Civil o regula de forma completa e adequada. Seu art. 1.017, que exclui da compensação os créditos da Fazenda, está

[Assinatura]

evidentemente fora de nosso ordenamento jurídico porque não foi recepcionado pela vigente Constituição, além de ser duvidosa sua constitucionalidade, mesmo nos regimes das Constituições anteriores (fl. 168).

A 2ª Turma de Julgamento da DRF em Juiz de Fora - MG, ao analisar a manifestação apresentada, acordou no seguinte sentido:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1993 a 30/09/1994

Ementa: DECADÊNCIA. RESTITUIÇÃO. O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida".

Em seu recurso voluntário a recorrente informa que, por decisão judicial no Processo nº 0637.05.032.856-5, que tramita na 2ª Vara de São Lourenço - MG, a antiga diretoria da empresa foi afastada, sendo que até o momento da apresentação do presente recurso a atual não havia conseguido tomar posse dos documentos administrativos, contábeis e fiscais da empresa.

Aduz que em função destes problemas não tem condições de saber do que se trata esta demanda, o que a gerou, o teor da defesa apresentada e os documentos apresentados com a manifestação.

Que o direito de defesa, legalmente garantido, está sendo violado, requerendo a suspensão do presente processo e do prazo para a interposição de recurso voluntário até que o antigo Presidente da Companhia entregue os documentos contábeis ou seja compelido para tal pelo Poder Judiciário.

Após, no mérito de seu recurso, passa a discorrer sobre as razões apresentadas na manifestação de inconformidade, repetindo-as e pugnando, ainda, pelo prazo de 10 (dez) anos para os pedidos de restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 24/10/2008	539
Silvio Siqueira Barbosa Mat.: SIape 91745	

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE GOMES, Relator

O presente recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos e, por isto, dele tomo conhecimento.

Em questão que entendo preliminar a recorrente pugnou pela suspensão do processo administrativo, por suposta ofensa a seu direito de defesa.

Tal requerimento não merece prosperar por dois motivos: (i) ausência de previsão legal; e (ii) o fato, de maior importância, de que a questão discutida no presente processo é de direito, estando restrita a decadência/prescrição dos créditos.

Ressaltasse que o presente processo decorre de Declarações de Compensações efetuadas pela recorrente por formulário (fls. 1 a 3) e por PER/DComps eletrônicas (fls. 32 a 131), que não foram homologadas, posto que a DRF em Varginha - MG entendeu que o direito a restituição de pagamentos efetuados indevidamente ou a maior extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos a contar do pagamento.

Por estes motivos não se verifica prejuízo à defesa da recorrente, que, inclusive, ao contrário do que alega, teve acesso aos autos, uma vez que reproduz a defesa lançada pela "diretoria anterior" na manifestação de inconformidade apresentada.

Já em relação à questão da prescrição dos créditos utilizados nas compensações verifica-se parcial procedência das alegações da recorrente, uma vez que coaduno do entendimento de que o prazo para a restituição do indébito tributário é de 10 (dez) anos.

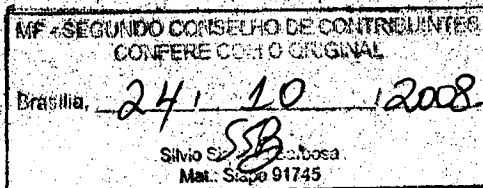
Analisando-se a declaração de restituição e compensação protocolada em 29/12/2003 verifica-se que os créditos se referem ao período de 01/1993 a 09/94 e 01/95.

Nesta primeira análise é inquestionável, sob qualquer tese a ser levantada, que os valores recolhidos anteriormente a 29/12/2003 estão atingidos pela prescrição.

No tocante aos demais créditos, posteriores a 30/12/2003, entendo que, até o advento da Lei Complementar nº 118/2005, o prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação, ou seja, a tese dos "cinco mais cinco".

Este é o entendimento majoritário do Egrégio STJ, senão vejamos:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INAPLICABILIDADE DO ART. 3º DA LC Nº 118/2005. INÍCIO DA VIGÊNCIA SOMENTE APÓS 120 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA MESMA LEI."



Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

O disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005 é inaplicável, uma vez que ainda não iniciada a sua vigência, a qual somente terá início após 120 dias contados da publicação, a teor do artigo 4º da mesma lei.

Agravo regimental não conhecido.”¹

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 3º DA LC Nº 118, DE 9.2.2005. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp nº 435.835/SC, relator Ministro José Delgado, sessão de 24.3.2004, firmou o entendimento de que, no tocante à prescrição dos tributos sujeitos à homologação, aplica-se a teoria dos ‘cinco mais cinco’.

2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso esta não ocorra de modo expresso, o prazo para haver a restituição é de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos da data da homologação tácita.

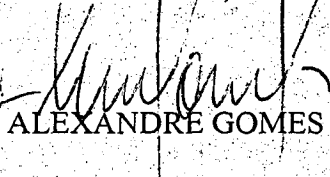
3. A Seção de Direito Público, no julgamento dos EREsp nº 327.043/DF, em 27.4.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC nº 118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias.

4. Embargos de divergência acolhidos”.²

Assim, é o caso de se afastar a prescrição em relação aos períodos posteriores a 01/2004, determinando o retorno do processo à origem para análise das compensações frente aos créditos remanescentes.

Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 08 de agosto de 2008.


ALEXANDRE GOMES

¹ AgRg no Agravo de Instrumento nº 653.771-SP (2005/0009539-6). Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 05/05/2005.

² EREsp nº 541540/SC. Ministro João Otávio de Noronha

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES		
CONFERE COM O ORIGINAL		
Brasília,	24	10
	2008	
Silvio Siqueira Barbosa		
Mat.: Sispes 91745		

Voto Vencedor

Conselheiro MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA, Relator-Designado

Ouso divergir da tese sustentada pelo ilustre Conselheiro Alexandre Gomes, quanto à possibilidade de ocorrência ou não de perda do direito à eventual restituição em decorrência do transcurso do prazo prescricional.

O art. 168, I, do CTN, fixa o prazo de cinco anos para pleitear restituição, da data da extinção do crédito tributário, caracterizado pelo pagamento indevido. Nem a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, nem Resolução do Senado Federal no controle difuso, e tampouco um ato de caráter geral do Executivo que reconheça a inconstitucionalidade, têm o condão de ressuscitar direitos patrimoniais prescritos segundo as regras do CTN.

Apesar de controversa, esta questão ficou sanada com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, posto que o seu art. 3º esclarece a interpretação que deve ser dispensada ao caso:

"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."

Com a edição da Lei Complementar nº 118/2005, o seu art. 3º foi debatido no âmbito do STJ no EREsp nº 327.043/DF, que entendeu tratar-se de usurpação de competência a edição desta norma interpretativa, cujo real objetivo era desfazer entendimento consolidado. Entendendo configurar legislação nova e não interpretativa, os Ministros do STJ decidiram que as ações impetradas até a data de 09/06/2005 não se submeteriam ao consignado na nova lei.

Todavia, no âmbito administrativo, a LC nº 118/2005 somente ratificou o entendimento anteriormente consolidado de prescrição quinquenal.

Assim sendo, o início da contagem de prazo prescricional se verifica no momento do pagamento. Deste modo, tendo o pedido de restituição sido protocolizado em 29/12/2003, todos os pagamentos efetuados até 29/12/1998 encontram-se com o eventual direito de restituição extinto, tendo em vista terem sido alcançados pelo instituto da prescrição. Portanto, corretamente decidiu instância *a quo*, pois, no presente caso, o pagamento mais recente foi realizado em 1995.

Isto posto, **nego provimento** ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 08 de agosto de 2008.

MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA