



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 24/10/2008

Silvio Siqueira Soárez  
Mat. Siapc: 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 CONTRIBUINTE  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 24/10/2008  
Silvio Silveira de Abreu  
Mat. Sampa 91745

CC02/C01  
Fls. 216

## 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, argüindo, 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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE  
CONFÉRE COM O ORIGINAL

Brasília, 24/10/2008

Silvio Siqueira Bessa  
Mat.: Siapt 91745

CC02/C01  
Fls. 217

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 2<sup>a</sup> 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 2<sup>a</sup> 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.

Brasília,

*24/10/2008*

Silvio Siqueira Barbosa  
Mat. Siage 91745

CC02/C01  
Fls. 218

## 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.

Analizando-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 N.º 118/2005. INÍCIO DA VIGÊNCIA SOMENTE APÓS 120 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA MESMA LEI." *[Assinatura]*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTREJUNTES  
CONFERE CO. O CRUZINAL

Brasília, 24/10/2008

Silvio S. Lobo  
Mat. S. 91745

CC02/C01  
Fls. 219

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.”<sup>1</sup>

**“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. DECRETOS-LEIS N°S 2.445/88 E 2.449/88. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 3º DA LC N° 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”.<sup>2</sup>

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

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

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 24 / 10 / 2008

Silvio Silveira Barbosa  
Matr. Sispe 91745

CC02/C01  
Fls. 220

## 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 constitucionalidade no controle concentrado, nem Resolução do Senado Federal no controle difuso, e tampouco um ato de caráter geral do Executivo que reconheça a constitucionalidade, 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 quinqüenal.

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