



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

Processo nº 13708.001321/2004-48
Recurso nº 152.261 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.185 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente MILLS DO BRASIL ESTRUTURAS E SERVIÇOS
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO II/RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/1997 a 31/01/1999

PRESCRIÇÃO. 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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª câmara / 2ª turma ordinária da terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes (Relator) que dava provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Fabíola Cassiano Keramidas.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente

Alexandre Gomes
ALEXANDRE GOMES - Relator

Fabíola Cassiano Keramidas
FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS – Relatora Designada

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

Relatório

Trata-se de Declaração de Compensação (fl. 1) – *não-homologada* - de débitos de Cofins (2172), relativos ao período de apuração de maio/04, com créditos oriundos de pagamentos ocorridos no período de 30/05/97 a 26/02/99, considerados indevidos ou a maior que o devido, a título de Cofins (cód. 2172), recepcionada pela SRF em 14/06/04.

A autoridade fiscal, com base no Parecer Conclusivo nº 128 (fl.41), decidiu (fls. 43) não homologar a compensação efetuada, por entender que a contribuinte não possuía o direito creditório declarado, pois, teria ocorrido a decadência com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento, conforme artigos 168, I *cc* 165, I da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional (CTN), e Ato Declaratório SRF nº 96/99.

Cientificada da decisão (fl. 40), em 03/09/04, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fl.64), em 01/10/04, alegando, em síntese que *o prazo prescricional para o direito de pleitear restituição de tributos lançados por homologação é de dez anos, cinco anos contados da homologação tácita, que, por sua vez, ocorre após cinco anos contados do pagamento, este é o entendimento do STJ e do Conselho de Contribuintes.*

A impugnante apóia seus argumentos na jurisprudência do STJ e do Conselho de Contribuintes, requerendo, ao final, homologação da compensação efetuada.

A DRJ do Rio de Janeiro entendeu por bem não homologar a compensação em decisão que assim ficou ementada:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/01/1999

**PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO –
TERMO INICIAL.**

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha 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 de 5 (cinco) anos, contado da data de extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art. 150 § 1º do CTN.

Em seu Recurso Voluntário a Recorrente repisa os argumento de que possui 10 anos para repetir seus indébitos apresentando decisões judiciais e administrativas.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE GOMES, Relator

O presente Recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Como tenho me manifestado em outras oportunidades, coaduno com o entendimento **de que até o advento da Lei Complementar 118/05**, 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, considero que somente após a homologação é que se inicia o curso do prazo prescricional quinquenal, de modo que, na prática, o prazo total fixado para restituição é de dez anos após o recolhimento indevido.

Neste sentido, o E. STJ, após inúmeras reviravoltas, já pacificou seu entendimento, 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. 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 n. 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

E ainda:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. DECRETOS-LEIS NS. 2.445/88 E 2.449/88. TRIBUTO

¹ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 653.771 - SP (2005/0009539-6). RELATOR : MINISTRO Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 05/05/2005.

**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 n. 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 n.

327.043/DF, em 27.4.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC n.

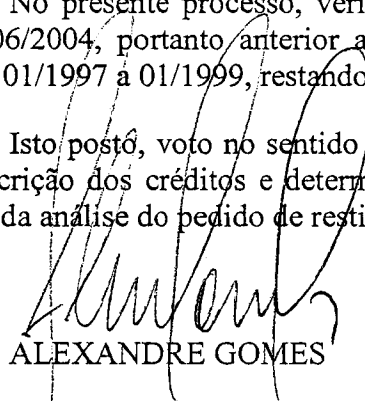
118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias.

4. Embargos de divergência acolhidos.²

Além disto, da análise das decisões acima ementadas verifica-se que a Lei Complementar 118/05, não pode retroagir seus efeitos, passando a produzi-los somente em relação aos fatos geradores posteriores a sua entrada em vigor.

No presente processo, verifica-se que o protocolo do pedido de restituição ocorreu em 14/06/2004, portanto anterior a entrada em vigor da LC 118/05, e abrange às competências de 01/1997 a 01/1999, restando, portanto, afastada a prescrição alegada.

Isto posto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, afastando a prescrição dos créditos e determinando o retorno do presente processo à origem para seguimento da análise do pedido de restituição.

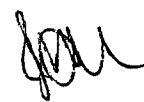

ALEXANDRE GOMES

Voto Vencedor

Conselheira FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS, Relatora Designada

Conforme bem esclarecido pelo ilustre Relator, trata-se de restituição, pela forma da compensação, de créditos indevidamente recolhidos a título de COFINS

² EREsp 541540 / SC. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA





Com respeito ao posicionamento defendido pelo Conselheiro Alexandre Gomes, defendido por diversos colegas deste tribunal administrativo e pelos Ministros do próprio Superior Tribunal de Justiça, peço vênica para apresentar entendimento em sentido diverso.

O Código Tributário Nacional prevê expressamente a decadência do direito à restituição de tributos pagos indevidamente em 5 anos (art. 168, I), contados a partir da data da extinção do crédito tributário.

“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 hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

(...)”

O crédito tributário se extingue com o seu pagamento, mesmo no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como a COFINS, que se extingue com o pagamento antecipado:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)”

Logo, o pagamento do tributo constitui o início da contagem do prazo decadencial para o contribuinte requerer a restituição do pagamento indevido do tributo. É este também o entendimento deste Conselho, a saber:

*“COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
DECADÊNCIA. O prazo para pleitear a restituição ou*



compensação de tributos pagos indevidamente é de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Recurso negado.” (Recurso nº 125408, Terceira Câmara, Processo nº 13657.000380/2002-80, D.O.U. de 28/02/2008, Seção 1, pág. 22 – NPM)

“COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. O prazo para pleitear restituição de pagamentos a maior ou indevidos expira-se após contados cinco anos destes pagamentos. SOCIEDADES CIVIS. Até março de 1997, as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada que tiveram registro civil das pessoas jurídicas e foram constituídas por pessoas físicas domiciliadas no país eram isentas da Cofins, sendo irrelevante o regime tributário adotado. Aplicação da Súmula nº 276 do STJ. Recurso provido em parte.” (Recurso 124113, Primeira Câmara, Processo nº 10860.005349/2001-51, sessão 15/09/04, DPPU)

No caso concreto, observa-se que a Declaração de Compensação foi protocolizada em 14/06/04 contendo como objeto importâncias de contribuição da COFINS referentes ao pagamento realizado nas competências de 01/97 e 01/99. Verifica-se claramente o decurso de mais de 5 anos entre o fato gerador e o pedido, resultando extinto o direito da Recorrente em face da decadência.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário, mantendo a r. decisão proferida pela Delegacia de Julgamento, indeferindo o pedido de compensação dos valores pagos a título de COFINS.

É como voto.


FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

