



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA**

Processo n° 13708.002140/2003-58
Recurso n° 201-136.642 Especial do Contribuinte
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE COFINS
Acórdão n° 02-03.600
Sessão de 25 de novembro de 2008
Recorrente TELEMAR NORTE LESTE S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 10/02/1998 a 09/10/1998

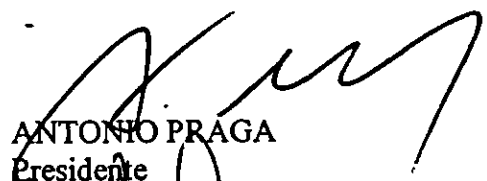
PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO.

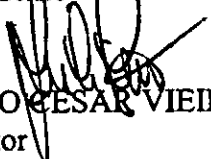
O direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Gileno Gurjão Barreto e Leonãrdõ Siade Manzan, que deram provimento ao recurso contando o prazo de 5 anos a partir da homologação (tese dos 5 + 5).


ANTÔNIO PRAGA
Presidente


JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Relator

FORMALIZADO EM: 05 JUN 2009



Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Antonio Praga (Presidente da CSRF), Antonio Carlos Guidoni Filho (substituto do vice-presidente da CSRF), Josefa Maria Coelho Marques, Gileno Gurjão Barreto, Henrique Pinheiro Torres, Maria Teresa Martínez López, Antonio Carlos Atulim, Leonardo Siade Manzan, Julio Cesar Vieira Gomes, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Elias Sampaio Freire, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Manoel Coelho Arruda Júnior (substituto convocado) e Antonio Lisboa Cardoso (substituto convocado).

Relatório

Trata-se de recurso especial (fls.352/364) interposto pela contribuinte em face do Acórdão nº 201-80.456 (fls. 329/335), no qual, por unanimidade de votos, decidiu-se em negar provimento ao recurso, cuja ementa se transcreve:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. O direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.



O recurso foi baseado nos art. 7º, II e 15, § 2º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007. O contribuinte, por meio do recurso especial, alega que o prazo decadencial para pedir repetição de indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação era de dez anos (cinco+cinco), contado a partir do fato gerador, pela conjugação do art. 168, I com o § 4º do art. 150 do CTN.

Por meio do despacho nº 201-067/08 (fls. 445) foi dado seguimento ao recurso especial do contribuinte.

Cientificado em 12/03/2008 do Acórdão nº 201-80.456, do recurso especial interposto e do despacho que lhe deu seguimento parcial, a Fazenda Nacional não apresentou contra-razões ao recurso.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Relator

A matéria devolvida a esta Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais cinge-se ao termo “a quo” para contagem do prazo prescricional relativo ao direito de repetição do indébito da COFINS. Enquanto o acórdão recorrido decidiu que a contagem do prazo prescricional, no total de 5 anos, inicia-se do pagamento antecipado, ainda sujeito à homologação, defende a recorrente que o prazo é de 5 anos da homologação tácita, do que

resulta 10 anos a contar do pagamento antecipado. É o que passou a ser conhecida como a tese dos 5 mais 5.

O tema tem disciplina no Código Tributário Nacional:

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; (Vide art 3 da LCp n° 118, de 2005)

...

SEÇÃO III

Pagamento Indevido

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. 150. (...)

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

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Examinados conjuntamente os dispositivos acima transcritos, temos que o prazo para pleitear a restituição de tributo indevido ou pago além do devido e lançado por homologação é de 5 anos do pagamento. Isto porque o crédito desde então já se encontra extinto, mesmo que ainda sob condição resolutória. É certo que a extinção definitiva, nos termos do artigo 150, §4º, se dá com o implemento da condição, qual seja a homologação

expressa ou tácita, mas não há previsão desta *definitividade* no artigo 168, inciso I para os tributos lançados por homologação. Nem faria sentido. O prazo para pleitear a repetição se inicia quando o sujeito passivo tem conhecimento de que o pagamento é indevido ou maior que o devido e a homologação do lançamento não se presta para este desiderato. Ao contrário, é para que sejam lançadas eventuais diferenças de tributos não recolhidas. É prazo decadencial para o lançamento e não para a formação do indébito, conforme preceituam os parágrafos 3º e 4º do artigo 150 do CTN. O indébito já existe ou não quando do pagamento antecipado e o sujeito passivo tem pleno conhecimento disto, podendo desde então buscar a sua repetição.

No que tange à condição resolutória, o atual Código Civil nos traz que desde o ato praticado pode o interessado exercer seus direitos, enquanto a condição não se implementar:

Art. 127. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

O que no presente caso, ao ser a regra aplicada, traduz-se que não há necessidade da extinção definitiva do crédito pela homologação para que o sujeito passivo possa exercer seu direito à repetição daquilo que entende ter sido recolhido indevidamente.

Portanto, com as devidas homenagens à Corte Especial que firmou entendimento pela tese dos *cinco mais cinco* anos para os tributos de lançamento por homologação, com ela não desposo. Segundo seu entendimento, caso o contribuinte tenha efetuado algum pagamento, o prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º do CTN começa a fluir a partir da data da homologação do lançamento. Se a homologação for expressa, os cinco anos do prazo de decadência, contam-se a partir desta data. Se for tácita, contam-se os cinco anos a partir do exaurimento do quinquênio previsto no art. 150, § 4º do CTN:

RECURSO ESPECIAL Nº 988.362 - SP (2007/0228118-3)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. LC nº 118/2005.

ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. NÃO-APLICAÇÃO RETROATIVA. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE ESPECIAL (AI NOS ERESP Nº 644736/PE).

1. 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 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. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

2. A ação foi ajuizada em 06/07/1994. Valores recolhidos, a título de PIS, entre 10/88 e 12/93. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 07/1984) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

3. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, ao julgar os EREsp nº 327043/DF, em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida LC. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a citada norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se sua incidência às hipóteses verificadas após sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

4. "O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência" (EREsp nº 327043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

5. Referendando o posicionamento acima discorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

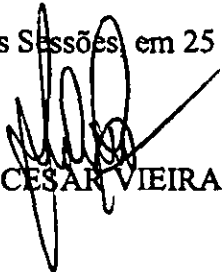
6. Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelas Documentos: 3501957 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 11 Superior Tribunal de Justiça partes litigantes.

7. Recurso especial provido.

Por fim, tem-se o recente artigo 3º da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, regulou a matéria agasalhando o entendimento ora adotado.

Em razão do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte.

Sala das Sessões em 25 de novembro de 2008


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

