



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10768.015738/00-91
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935
RECURSO Nº : 128.463
RECORRENTE : COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. ISONOMIA DE TRATAMENTO. CONTAGEM DE PRAZO. TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

O STF, pela via incidental, julgou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88, que majorou a alíquota do FINSOCIAL.

ISONOMIA DE TRATAMENTO.

O Dec. 2.346/97 estabeleceu que cabe aos órgãos julgadores singulares ou coletivos da administração tributária afastar a aplicação da lei declarada inconstitucional.

CONTAGEM DE PRAZO.

Em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) - da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- b) - da Resolução do Senado que confere efeito "*erga omnes*" à decisão proferida 'inter partes' em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- c) - da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
- d) - Igual decisão prolatada no Ac. CSRF/01-03.239.

TERMO INICIAL.

Ante a falta de outro ato específico, a data de publicação da MP nº 1.110/95 no DOU serve como o referencial para a contagem.

PRESCRIÇÃO.

A ação para a cobrança do crédito tributário pelo sujeito passivo prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.463
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Roberta Maria Ribeiro Aragão e Luiz Sérgio Fonseca Soares votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 02 de dezembro de 2003


MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

17 FEV 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LENCE CARLUCI, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ e ROOSEVELT BALDOMIR SOSA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.463
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935
RECORRENTE : COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE
JANEIRO - CEG
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ
RELATOR(A) : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

O contribuinte já qualificado, em 07/08/00 formulou pedido para restituição/compensação de indébito tributário de R\$ 9.221.479,03, com PIS, COFINS, CSL e IRPJ, junto à unidade local da SRF, em razão de haver recolhido a contribuição para o FINSOCIAL com alíquota excedente a 0,5%, no período de 09/89 a 03/92. Instruiu o pedido com planilha contábil (fl. 15), DARF's (fls. 16/32), fato não contestado pela DRJ.

Relativamente ao pedido, a decisão prolatada através do acórdão DRJ/RJOII nº 2.680/03 (fls. 80/86), encontra-se assim ementada:

**“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, 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, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art. 150, § 1º do CTN.

Solicitação indeferida.”

O Juízo de primeira instância alega que as decisões dos Conselhos de Contribuintes não vinculam as DRJ's, tendo em vista que não são normas complementares da legislação tributária. Fundamenta-se no ADN/SRF nº 96/99 (arts. 150, § 1º, 165, inciso I e 168, inciso I do CTN), segundo o qual o pagamento antecipado do tributo extingue o crédito sob condição resolutória, o que permite a eficácia imediata do ato jurídico. Que o referido ato goza de presunção de legitimidade, vinculando as decisões expedidas pela DRJ, aplicando-se a fatos pretéritos, por ser de caráter interpretativo.

Insurgindo-se, tempestivamente, contra a decisão ora guerreada (fls. 90/105), o contribuinte reitera os termos contidos na exordial, invoca, em sua defesa os pressupostos contidos nos arts. 150, 165 e 168 inciso I do CTN; requer seja tornado sem efeito a aplicação do ADN/SRF nº 96/99, em razão de contrariar norma

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.463
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935

hierarquicamente superior a exemplo do art 122 do Decreto nº 92.968/86, que estabelece o prazo de 10 (dez) anos para o contribuinte pleitear a restituição do FINSOCIAL pago indevidamente; alega que o cerne da questão está no termo inicial da contagem do prazo decadencial previsto no art. 168, inciso I do CTN, para os indébitos tributários, a partir da declaração de inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL pelo STF; que a SRF entendia através do Parecer COSIT nº 58/98 (com fulcro no art. 4º do Dec. 2.346/97) que para cogitar de decadência, seria mister que o direito fosse exercitável, ou seja, que o crédito fosse exigível, entretanto, mudando de posição através do Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99; que os prazos decadenciais e prescricionais constituem-se matérias de lei complementar conforme o art. 150, inciso III, alínea "b" da CF/88, regulamentada pelo art. 150, § 4º do CTN; menciona os ac. 108-05.791/99 e CSRF/01-03.239/01, em favor da sua tese, postulando o reconhecimento do seu direito creditório à restituição. Menciona julgados (fls. 100/104) em favor de sua tese, alega que o STJ estabeleceu em 10 anos o prazo para a extinção do crédito tributário, sendo 5 (cinco) para a homologação tácita e outros 5 (cinco) para o exercício do direito.

É o relatório.



RECURSO Nº : 128.463
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935

VOTO

O contribuinte já qualificado, em 07/08/00 formulou pedido para restituição/compensação de indébito tributário de R\$ 9.221.479,03, com PIS, COFINS, CSL e IRPJ, junto à unidade local da SRF, em razão de haver recolhido a contribuição para o FINSOCIAL, com alíquota excedente a 0,5%, no período de 09/89 a 03/92. Instruiu o pedido com planilha contábil (fl. 15), DARF's (fls. 16/32).

Atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo em vista o princípio do livre convencimento (art. 131, CPC), passa este Julgador à sua apreciação.

A matéria versa sobre o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento de indébito de FINSOCIAL, eis que o direito creditório já houvera sido reconhecido.

Preliminarmente, registre-se que no entendimento esposado na tese constante da decisão de primeira instância, o direito do contribuinte em pleitear a restituição/compensação extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos, contado da data do pagamento antecipado, eis que o mesmo constitui-se condição resolutiva que permite a eficácia imediata do ato jurídico.

Este Julgador, considerando que o FINSOCIAL é um tributo cujo lançamento dá-se por homologação e que os pressupostos para a extinção do crédito nesta modalidade encontram-se condicionados ao pagamento antecipado e a homologação do lançamento (CTN, art. 156, inciso VII); que a homologação, expressa por ato da autoridade administrativa (CTN, art. 150) ou tácita, ocorre com prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º), desde que a lei não fixe um prazo, ou quando não se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

Que o ato de constituir o crédito tributário é privativo da autoridade administrativa nos termos do art. 142 do CTN, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional;

Conclui que sendo a homologação um ato de iniciativa exclusiva da autoridade administrativa, que pode ser expressa ou tácita, a sua constituição definitiva dá-se em cinco anos contado da ocorrência do fato gerador e, que por ser um ato potestativo, não poderia no mesmo incluir-se o contribuinte.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.463
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935

No caso em comento, a autoridade fiscal não se pronunciou em tempo hábil, caracterizando a homologação tácita. Esse fato materializou o direito do contribuinte, que nos termos do art. 174 do CTN adiante transcrito, tem cinco anos para promover a cobrança do crédito, ou seja, se ressarcir do indébito tributário.

“Art. 174 – A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

A contrário sensu, a autoridade administrativa condicionou, equivocadamente, a extinção do crédito simplesmente ao pagamento (ADN/SRF nº 96/99), não procedendo a competente homologação. Nesse caso, pagamento e homologação são pressupostos que espelham a relação contribuinte-fisco ou vice-versa, não devendo existir a preterição de um ou de outro.

Corroboram a nossa tese os julgados adiante mencionados, quais sejam: No âmbito dos Conselhos de Contribuintes Ac. CSRF/01-03.239/01 e Ac. 302-34.812. No âmbito do STF, Tribunal Pleno o RE nº 150764-PE, Ementário nº 1698-08, DJ 02.04.93.

Relativamente ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, na falta de outro específico, a data de publicação da MP nº 1.110/95 no DOU serve como referencial, como exemplifica o Acórdão nº 203-08299, relatado pela ilustre Conselheira Maria Cristina Roza da Costa, cuja ementa publicada no DOU de 17/02/03, tem a seguinte redação:

“FINSOCIAL – CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DIREITO DE REPETIR O INDÉBITO TRIBUTÁRIO – RESTITUIÇÃO – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE – O termo *a quo* do prazo prescricional do direito de pleitear restituição ou compensação relativo ao recolhimento de tributo efetuado indevidamente ou a maior que o devido em razão de julgamento da inconstitucionalidade das majorações de alíquota, pelo Supremo Tribunal Federal, é o momento em que o contribuinte teve reconhecido seu direito pela autoridade tributária (MP nº 1.110/95, de 31.08.95). Devida a restituição ou compensação com outros tributos, dos valores recolhidos ao FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5% (cinco décimos percentuais), majorada pelas leis já declaradas inconstitucionais pelo STF, com débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF. Recurso Provido.” (Grifei).

No mesmo sentido, o Acórdão nº 203-08408.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.463
ACÓRDÃO Nº : 301-30.935

Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade, acato a tese de inexistência de prescrição do direito creditório do contribuinte, para, no mérito, dar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003



MOACYR ELOY DE MEDEIROS - Relator

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

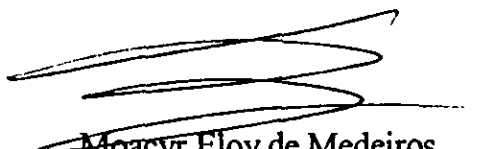
Processo nº: 10768.015738/00-91
Recurso nº: 128.463

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Primeira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 301-30.935.

Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,


Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 17 / 02 / 2004


Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA F.N.Z. NACIONAL