



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13706.000531/00-71
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.934
RECURSO Nº : 128.019
RECORRENTE : D'AMICO COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA.
INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO
TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ISONOMIA DE TRATAMENTO.
CONTAGEM DE PRAZO. TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO.
MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

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

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO.

Compete às DRJ julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais relativos ao reconhecimento do direito creditório e ao ressarcimento de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

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.

DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

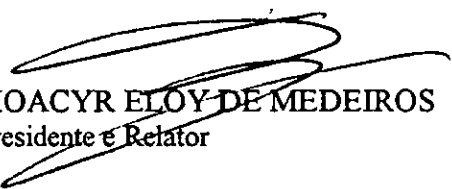
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.019
ACÓRDÃO Nº : 301-30.934

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 dezembro de 2003


MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

16 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.

RECURSO Nº : 128.019
ACÓRDÃO Nº : 301-30.934
RECORRENTE : D'AMICO COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ
RELATOR : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

O contribuinte já qualificado, em 28/02/2000, formulou pedido para restituição/compensação de indébito tributário no valor de R\$ 17.091,19, com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, junto à unidade local da RF, em razão de haver recolhido a contribuição para o FINSOCIAL com alíquota excedente a 0,5%, no período de 01/90 a 03/92. Instruiu o pedido com planilha contábil (fl. 02/04), DARF's (fls. 21/42), nos termos da MP nº 1.110/95.

Relativamente ao pedido, a decisão prolatada através do acórdão DRJ/RJOII nº 1.816/03 (fls. 134/138), encontra-se adiante ementada:

“INDÉBITO FISCAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de pleitear restituição de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.
Solicitação indeferida.”

O entendimento esposado na decisão 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, não impedindo, entretanto, que o contribuinte possa pleitear a restituição do tributo pago indevidamente, antecipadamente, antes que ocorra a homologação. Que é a partir da sua data que se conta o prazo em que se extingue o direito de pleitear a restituição.

Insurgindo-se, tempestivamente, contra a decisão ora guerreada, o contribuinte reitera os termos contidos na exordial, destacando que o órgão julgador tratou da matéria sob a ótica da decadência (art. 173, CTN), ou seja, da extinção do direito de lançar, quando deveria fazê-lo à luz do art. 174 do CTN, que trata da extinção do direito de cobrar, ou seja, da prescrição, extinguindo-se o prazo deste último após cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário, *in casu*, pela homologação tácita, *ex vi* dos arts. 150 e 156 inciso VII do CTN. Menciona julgados (fls. 144/145) em apoio a sua tese.

É o relatório.



RECURSO Nº : 128.019
ACÓRDÃO Nº : 301-30.934

VOTO

Conheço do recurso por ser tempestivo e conter matéria da competência deste Conselho.

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 direito creditório do contribuinte ao indébito tributário em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

Preliminarmente, registre-se que no entendimento esposado na tese constante da decisão de primeira instância o direito do contribuinte de 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. Que sendo a eficácia do pagamento efetuado pelo contribuinte imediata, imediato é o seu efeito liberatório, imediato é o efeito extintivo, sendo imediata a extinção definitiva do crédito.

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-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.

No caso em comento, a autoridade fiscal não se pronunciou em tempo hábil, provocando a decadência, além de condicionar, equivocadamente, a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.019
ACÓRDÃO Nº : 301-30.934

extinção do crédito tributário simplesmente ao pagamento (ADN/SRF nº 96/99), não procedendo à 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.

Fato em que materializando-se o direito do contribuinte, nos termos do art. 174 do CTN, adiante transcrito, dispõe o mesmo de cinco anos para promover a cobrança do crédito, ou seja, para 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."

Corroboram a nossa tese os julgados adiante mencionados, quais sejam; no âmbito dos Conselhos de Contribuintes os ac. CSRF/01-03.239/01 e 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.

Passando disso, é mister que retornem os autos à repartição de origem, tendo em vista o seu posterior encaminhamento à DRJ a quem compete julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais relativos ao reconhecimento de direito creditório e ao ressarcimento de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

Ante o exposto, acato a preliminar de inexistência de prescrição do direito creditório do contribuinte, para, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de que seja reformada a decisão *a quo*.

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: 13706.000531/00-71
Recurso nº: 128.019

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 301-30.934.

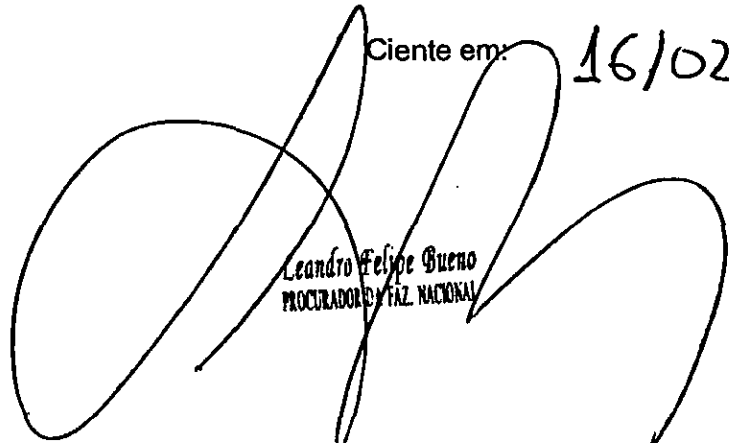
Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,


Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em:

16/02/2004


Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR FAZ. NACIONAL