MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	13832.000148/99-34
SESSÃO DE	:	07 de novembro de 2003
ACÓRDÃO Nº	:	301-30.868
RECURSO Nº	:	127.576
RECORRENTE	:	INCOSPEL COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. 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.
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:
- da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- da Resolução do Senado que confere efeito "erga omnes" à decisão proferida 'inter partes' em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
- 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Brasília-DF, em 07 de novembro de 2003

MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

18 FEV 2004

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

tmc

RECURSO Nº	:	127.576
ACÓRDÃO Nº	:	301-30.868
RECORRENTE	:	INCOSPEL COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP
RELATOR(A)	:	MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

O contribuinte já qualificado recolheu a contribuição para o FINSOCIAL, com alíquota excedente a 0,5%, no período de 09/89 a 03/92, instruindo o seu pedido com planilhas, fls. 13/14 (atualização fl. 15) e consoante comprovantes (DARF's, fls. 03/12). Argüiu em seu favor a decisão do STF que julgou a ADIN relativamente à majoração da alíquota da referida contribuição, a partir dos art. 9º da Lei nº 7.689/88, art. 7º da Lei nº 7.787/89, art. 1º da Lei nº 7.984/89 e art. 1º da Lei nº 8.174/90, em razão da inobservância dos arts. 154-I e 195 da CF/88 e, art. 56 do ADCT, postulando a compensação (fls. 11/27) de indébito tributário apurado R$ 22.000,93, com débitos vincendos de IRPJ, COFINS, CSLL e PIS.

Fundamenta o seu direito para efetuar a compensação requerida administrativamente na IN/SRF nº 21/97, no art. 66 da Lei nº 8.383/91, com a redação dada pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95, § 1º - II do art. 6º e art. 73 da Lei nº 9.430/96, integrando com o Dec. 2.194/97, com o Dec. 2.138/97 c/c a IN/SRF nº 31/97, que possibilitam a compensação com débitos de qualquer espécie, relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF. Anexa julgados diversos em apoio à sua tese (fls. 45/56).

Relativamente ao pedido, a decisão prolatada através do Acórdão DRJ/RPO nº 1.737/02 (fls. 147/154), encontra-se adiante ementada:

> *"ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.*
> *A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis.*
> *PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PRAZO EXTINTIVO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.*
> *O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.*
> *Solicitação indeferida."*

O entendimento esposado na decisão fundamenta-se no ADN/SRF nº 96/99 (arts. 150 § 1º, 165-I e 168-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.

RECURSO Nº : 127.576
ACÓRDÃO Nº : 301-30.868

Que a época em que foi protocolado o pedido de restituição/compensação, em 22/09/99 (fls 01/02), já se encontrava extinto o direito ao pleito, eis que o mesmo só poderia ser exercitado até 30/03/97.

Insurgindo-se, tempestivamente, contra a decisão *a quo*, alegando que houve desacerto na decisão, que postulou a compensação de tributos pagos indevidamente e não a restituição como entendeu o julgado, sendo o transcurso de prazo para exigir o seu direito à restituição de dez anos, ou seja, cinco anos para a fazenda efetuar a homologação do lançamento, mais cinco anos para exigir o ressarcimento.

É o relatório.

RECURSO Nº : 127.576
ACÓRDÃO Nº : 301-30.868

VOTO

O contribuinte já qualificado recolheu a contribuição para o FINSOCIAL, com alíquota excedente a 0,5%, no período de 09/89 a 03/92, instruindo o seu pedido com planilhas, fls. 13/14 (atualização fl. 15) e consoante comprovantes (DARF's, fls. 03/12). Postulou a repetição do indébito, argüindo em seu favor a decisão do STF que julgou a ADIN relativamente à majoração da alíquota da referida contribuição.

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, o ADN/SRF n.° 96/99 reconheceu o direito creditório do contribuinte nos termos do art. 165 do CTN e, na medida em que o referido Ato foi adotado pelo Juízo *a quo* como argumento decisório, entendo que sobre esta matéria nada mais há que se tratar.

Logo, restringiu-se o cerne da querela ao acerto do marco inicial da contagem do prazo prescricional, ou seja, do prazo para o contribuinte exigir o ressarcimento do indébito tributário.

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. 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 à **homologação** do lançamento (CTN, art. 156-VII) e que a homologação, expressa por ato da autoridade administrativa (CTN, art. 150) ou tacitamente, ocorre com prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150 -§ 4°), desde que a lei não fixe um prazo, ou quando não se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conclui 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;

- 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 tampo hábil, provocando a decadência. A partir desse momento, 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."*

Contrário senso, a autoridade administrativa condicionou, equivocadamente, a extinção do crédito simplesmente ao pagamento (ADN/SRF n.º 96/98), 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.

Contudo, o recolhimento do FINSOCIAL apenas foi considerado indevido a partir do Julgado pelo STF, visto que antes daquela data, o mesmo era efetuado sob a presunção de legalidade e que, ante a ausência de ato específico anterior, a MP 1.110/95, pode ser utilizada como referencial.

Corroboram com 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.

Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade, para, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de que seja reformada a decisão *a quo*, no que concerne à prescrição.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2003

MOACYR ELOY DE MEDEIROS - Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº: 13832.000148/99-34
Recurso nº: 127.576

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2° 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 301-30.868.

Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,

Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 18/2/2004

Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL