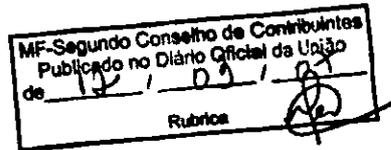




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788



Recorrente : ESQUADRIAS E MODULADOS SCHEID LTDA.
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

NORMAS PROCESSUAIS. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. O juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

COFINS. A partir do ano-calendário de 1999, a COFINS será de três por cento (3%) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

ISONOMIA. BASE DE CÁLCULO. Deve ser mantida a autuação quando se verifica que o Autuante se restringiu a aplicar a base de cálculo prevista na legislação, não cabendo ao julgador administrativo avaliar o cabimento de aplicação de montante diverso, não previsto expressamente em lei, com base em suposta isonomia com outros contribuintes.

Recurso negado.

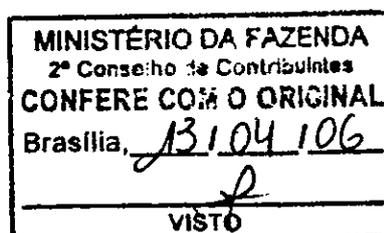
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **ESQUADRIAS E MODULADOS SCHEID LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em afastar a decadência. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva que votavam pelas conclusões; e quanto ao mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2006.

Antônio Bezerra Neto
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Emanuel Carlos Dantas de Assis e Mônica Monteiro Garcia de Los Rios (Suplente). Ausente, justificadamente, a Conselheira Sílvia de Brito Oliveira.
Eaal/inp





Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788

Recorrente : ESQUADRIAS E MODULADOS SCHEID LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever o fato adoto e transcrevo o relatório elaborado pela DRJ em Porto Alegre – RS:

“Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação de valores recolhidos a título de Cofins, nos períodos de apuração fevereiro de 1999 a dezembro de 2000, com parcelas vincendas de tributos arrecadados e administrados pela SRF, sem a incidência de multa punitiva (moratória) sobre possíveis débitos.

2. A interessada invoca aplicação do princípio constitucional da isonomia tributária, uma vez que a Lei 9.718/1998 permitiu que as entidades financeiras efetuassem deduções e exclusões da base de cálculo da Cofins, as quais não foram concedidas às demais empresas, portanto teriam sido beneficiadas com tratamento diferenciado no recolhimento da exação.

3. Pleiteia que não seja exigida qualquer parcela a título de multa de mora incidente sobre débitos oportunamente indicados para compensação, tendo em vista alegada denúncia espontânea.

4. Anexa documentos exigidos pela IN/SRF/21, entre eles, cópias autenticadas dos DARFs de recolhimento da Cofins (fls.10/23) e planilha de cálculo dos alegados indébitos (fls.09).

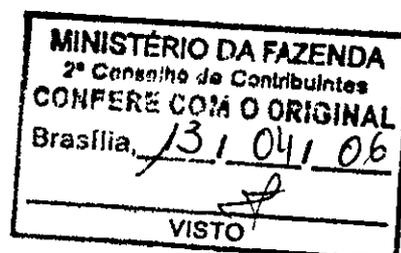
5. A Delegacia de origem, com base no Parecer DRF/NHO/SAORT nº 108/2002 (fls.94/97), indeferiu o pedido (fls.98), haja vista a inexistência de previsão legal para utilização do Lucro Bruto como base de cálculo da Cofins.

6. Inconformada, a interessada apresentou, tempestivamente, manifestação de inconformidade (fls.101/108), defendendo a existência de tratamento anti-isonômico entre contribuintes em situações equivalentes. Acredita que a possibilidade de adotar-se bases de cálculo e alíquotas diferenciadas só seria permitida pela Constituição após a introdução do § 9º do art. 195, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

7. Defende a existência de denúncia espontânea na indicação de débitos compensados, requerendo que seja afastada qualquer exigência de multa de mora sobre referidos débitos (art. 138 do CTN).”

Em decisão de fls. 110 a 115, a DRJ em Porto Alegre - RS, por unanimidade de votos, indeferiu a solicitação da recorrente, nos termos da ementa que se transcreve:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins



2



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE - A autoridade administrativa é incompetente para decidir sobre a constitucionalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA – INEXISTÊNCIA- Não há que se falar em denúncia espontânea quando a indicação dos débitos não vier acompanhada do respectivo pagamento.

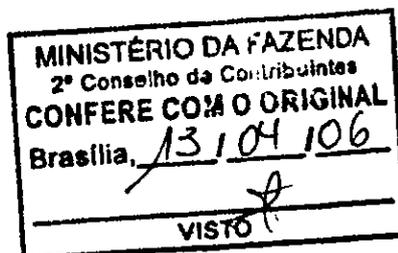
Solicitação Indeferida”

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs Recurso Voluntário, de fls. 117 a 126, a este Conselho de Contribuintes, onde refutou os argumentos apresentados pela DRJ e fundamentou, em síntese, que:

- deve a Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade de Lei Fiscal;
- a recorrente busca ser ressarcida de créditos decorrentes de pagamentos que ultrapassam o prazo retroativo dos últimos cinco anos, contados do fato gerador, mas dentro do período de dez anos;
- têm eles origem dentro de um prazo decadencial de dez anos, o que torna seu pleito consentâneo com a doutrina e jurisprudência;
- caso não haja homologação expressa do lançamento, o prazo de cinco anos para a restituição de indébitos deve ser contado em duas etapas; e
- o prazo decadencial para reaver as quantias indevidamente recolhidas, a título de COFINS, é de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, somados de mais cinco anos, contados da homologação tácita do lançamento, totalizando dez anos a partir do fato gerador.

Posto isto, a recorrente requereu que seja dado provimento ao seu recurso, reformando-se a decisão recorrida.

É o relatório.





Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO BEZERRA NETO

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

No apelo apresentado a este Conselho a recorrente reiterou indiretamente os seus argumentos de que deve ser restituída a importância que considera ter pago a maior que o devido a título de Cofins, relativa à diferença entre o Lucro Líquido e a Receita Bruta, invocando o princípio da isonomia, na medida em que deveria a Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade de Lei Fiscal.

Alegou ainda que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial para o exercício desse direito seria de dez anos. Iniciar-se-ia a partir da homologação do lançamento, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador.

No confronto entre esses argumentos e os trazidos pela decisão recorrida, vejo que a lide cinge-se na fixação do termo inicial para a contagem do prazo para repetição de indébito tributário e na discussão sobre a base de cálculo da Cofins.

Decadência do direito de repetição de indébito

Desnecessário se faz a distinção entre prescrição e decadência, no caso do direito de repetir o indébito, quando este direito está claramente descrito em categorias jurídicas-positivas (arts. 165 e 168 do CTN). Não podemos nos afastar do fato de que, decadência e prescrição são, no dizer de Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, vol.6, p. 100) são conceitos jurídicos positivos.

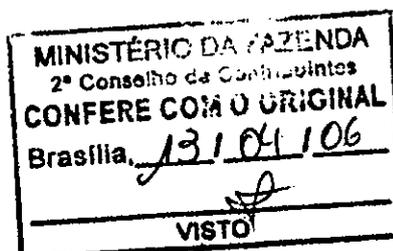
Sobre a repetição de indébito dispõem os artigos 165, I e 168, I, do CTN, *verbis*:

"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 hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;"(grifei)





Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788

Releva ressaltar para os adeptos da tese dos “cinco mais cinco anos” que o § 1º do artigo 150 afirma que no lançamento por homologação o pagamento extingue o crédito tributário, por condição resolutória de ulterior homologação. Essa condição não descaracteriza a extinção do crédito no momento do pagamento do tributo, pois não impede a eficácia imediata do ato produzido. Aliás, tal aspecto foi ratificado pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que definiu, em seu art. 3º, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário:

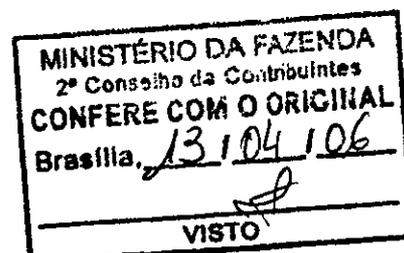
“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 –Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.”

Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos ou por ato da autoridade administrativa.

Outrossim, o art. 173, I, não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese. Explico-me melhor. É sabido que os argumentos utilizados pelos defensores dessa tese quanto à decadência de repetir o indébito foram extraídos a partir dos argumentos utilizados na análise do fenômeno da decadência do lançamento. Esse empréstimo de argumentos oriundos da situação de lançamento para a situação de repetição de indébito se escora em um forte pressuposto: que as situações sejam simétricas de forma que a argumentação utilizada em uma se amoldaria completamente na outra. Desse pressuposto pode-se extrair ainda uma outra consequência, se ambas as situações de fato forem dignas de simetria, qualquer falha, por exemplo, na argumentação concernente à decadência do lançamento irá refletir-se automaticamente nos pilares da argumentação atinente à decadência de repetir o indébito.

Quanto ao primeiro pressuposto, de plano verifica-se que as situações são assimétricas, pois mesmo que admitíssemos que o lançamento não se extingue com o pagamento antecipado, mas sim com sua homologação, não existe possibilidade alguma, nem teórica e nem muito menos prática, de se admitir que o pagamento indevido só possa ser repetido após a homologação do lançamento e não no dia seguinte ao evento que caracterizou o pagamento indevido, como vem sempre ocorrendo na praxe cotidiana. Por essa linha de raciocínio, o direito de pleitear o indébito só surgiria ao final do prazo de homologação tácita, de modo que o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação, o que nos parece um absurdo.

Apenas para argumentar, mesmo que por absurdo admitíssemos o pressuposto de que ambas as situações são simétricas (lançamento e repetição de indébito),





Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788

são muitos os argumentos que infirmam a tese dos “cinco mais cinco” no que diz respeito ao lançamento, senão vejamos.

De fato, o art. 173, I, não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese pois o que se homologa não é o pagamento, mas sim a atividade, logo a falta do pagamento não enseja que se saia do escopo do art. 150, § 4º (lançamento por homologação) para adentrar a seara do lançamento de ofício (art. 173, I), numa interpretação sistemática totalmente incoerente.

CTN

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
(...)” (grifei)*

Como se não bastassem essas falhas, ainda forte no mestre Eurico de Santi, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão “poderia” como “poder-que-não-pode-mais”, como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que “poder” não é conduta, é modalizador de conduta, imprestável, portanto, para ser demarcador do prazo decadencial. O intérprete deveria no caso ter tomado como conduta o primeiro momento que se “poderia lançar”, e não a perda do poder de lançar (último poderia), acarretando ainda um outro equívoco, qual seja, o desencadeamento do fenômeno da recursividade infinita. Pois, nada impede de a perda de poder sempre se instale novamente no antecedente da norma como hipótese para o surgimento de novo poder (173, I), em prazo subsequente, de forma que, ao cabo dessa “nova” competência, se dá novamente outro poderia, que outra vez, faz iniciar prazo para lançar e assim *ad eternum*. O absurdo e a insegurança no direito se instala, justamente o que a decadência e a prescrição desejam evitar.

Assim, concluo que o termo inicial para contagem do prazo prescricional/decadencial de cinco anos para repetição do indébito tributário é a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido).

Pelo exposto, considerando que a contribuinte protocolizou seu pedido de repetição em 28/11/2001 (doc. fl. 01), e como o pagamento mais antigo é de fevereiro de 1999, concluo que não ocorreu a decadência/prescrição do direito de repetir o indébito.

Base de Cálculo da Cofins

Todas as empresas tem como base de cálculo da contribuição para a Cofins o faturamento mensal, correspondente à Receita Bruta do período, de acordo com os termos





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003585/2001-71
Recurso nº : 128.019
Acórdão nº : 203-10.788

dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Quanto às exclusões da mesma base de cálculo (Receita Bruta), a legislação (Lei nº 9.718, de 1998, e Medida Provisória nº 2.113-29, de 1998 (atual Medida Provisória nº 2.158, de 24 de agosto de 2001) definiu particularidades em relação à atividade econômica, diferenciando aquelas elencadas no artigo 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, dada a sua especificidade (bancos comerciais, de investimento, de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e sociedades de previdência privada abertas e fechadas). Releva ressaltar que não se trata de diferente base de cálculo, mas sim de exclusões e deduções que levam em conta a atividade diferenciada daquele tipo de empresa.

Releva ressaltar que não se trata de diferente base de cálculo, mas sim de exclusões e deduções que levam em conta a atividade diferenciada daquele tipo de empresa. O princípio da isonomia é aplicado ao tratar-se os iguais de maneira igual e aos desiguais de forma desigual. Ou seja, assegura tratamento igual aos que estão em situação equivalente, mas exige tratamento desigual aos que assim não se encontrem. E foi exatamente isso que o legislador vislumbrou na situação em debate.

Toda a argumentação da interessada na inicial repousa nesta tese de violação ao princípio constitucional da isonomia. No entanto, tem-se como princípio assente na doutrina pátria o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma Lei ou Decreto porque lhes pareça inconstitucional, já que leis emanadas do Poder competente gozam de presunção natural de constitucionalidade e de legalidade, presunção esta só elidida pelo Poder Judiciário. Dessa forma, a esse respeito, a posição dos Conselhos de Contribuintes está em perfeita consonância com a posição das DRJs.

Pelas razões acima expostas, voto no sentido de afastar a decadência e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2006.


ANTONIO BEZERRA NETO

