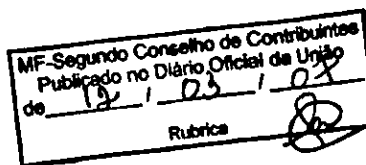




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : SCHEID ENGENHARIA E COMÉRCIO 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:
SCHEID ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em acolher a decadência para os períodos anteriores a 28/11/1996. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva que afastavam a decadência; e quanto ao mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

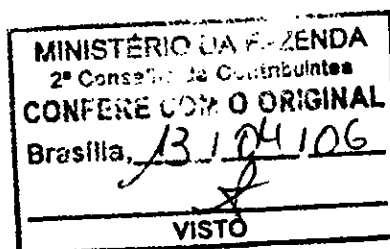
Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2006.

Antonio 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





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755

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 novembro de 1993 a janeiro de 1999, 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 com entidades financeiras, uma vez que estas foram exoneradas do recolhimento da Cofins pela LC 70/1991, 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.

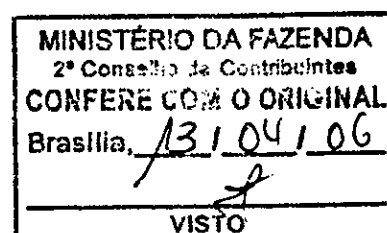
4. Anexa documentos exigidos pela IN/SRF/21, entre eles, cópias autenticadas dos DARFs de recolhimentos de Cofins e planilha de cálculo dos alegados indébitos.

5. A Delegacia de origem, com base no Parecer DRF/NHO/SAORT nº 121/2002 (fls.89/92), indeferiu o pedido (fls.93), haja vista a inexistência de irregularidades nos recolhimentos efetuados, bem como o disposto no art. 168 do CTN e no Ato Declaratório SRF nº 096/1999.

6. Inconformada, a interessada apresentou, tempestivamente, manifestação de inconformidade (fls.96/109), defendendo que o prazo para pleitear restituição/compensação seria de 10 anos a contar da ocorrência do fato gerador, pois o art. 168 do CTN deveria ser aplicado em consonância com o disposto no § 4º do art. 150 do mesmo dispositivo legal. Portanto, a contagem do prazo de cinco anos só poderia iniciar após a homologação, expressa ou tácita, dos pagamentos efetuados.

7. Entende estarem homologados os valores dos juros e da correção monetária indicada na planilha por ela elaborada, uma vez que a decisão recorrida não teria se pronunciado a respeito. Acredita que a controvérsia estaria restrita ao prazo decadencial, à impossibilidade de arguição de inconstitucionalidade nas vias administrativas e à inocorrência de denúncia espontânea.

8. Afirma não ter requerido a declaração de inconstitucionalidade da Lei em comento, mas os efeitos desta declaração.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755

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

Em decisão de fls. 111 a 118, a DRJ em Porto Alegre - RS, por unanimidade de votos, indeferiu as solicitações de compensação e restituição da interessada, nos termos da ementa que se transcreve:

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

Período de apuração: 01/11/1993 a 31/01/1999

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

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - OBSERVÂNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL - não há como homologar encontro de contas em pedido administrativo onde não estão delimitados os débitos que a interessada pretende extinguir.

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

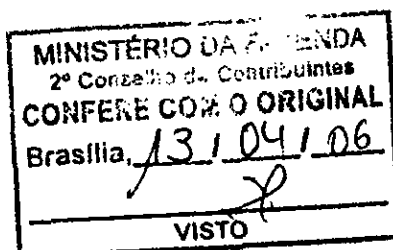
Solicitação Indeferida".

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs Recurso Voluntário, de fls. 120 a 129, 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 : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO BEZERRA NETO

O recurso voluntário atende os 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. Contar-se-ia cinco anos a partir da homologação do lançamento.

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 jurídicos-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*:

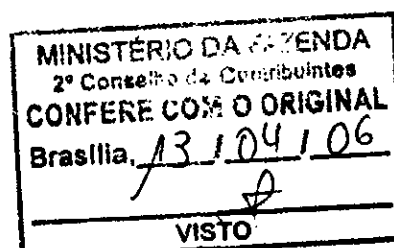
"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

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)

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





Processo nº : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755

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."

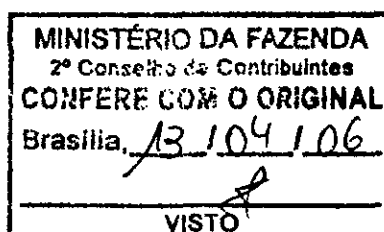
Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos ou por ato da autoridade administrativa.

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), 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





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755

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)

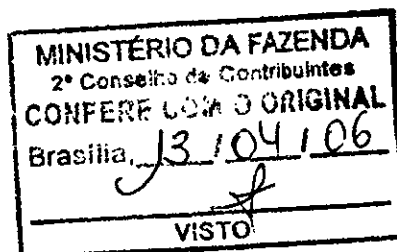
Como se não bastassem essas falhas, ainda forte no mestre Eurico de Santi, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão "poderia" como "poder-que-não-pode-mais", como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que "poder" 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), concluo que eventuais pagamentos efetuados antes de 28/11/1996 não podem ser restituídos e/ou compensados, por estarem prescritos/decaídos.

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 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,



6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11065.003587/2001-60
Recurso nº : 127.711
Acórdão nº : 203-10.755

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. 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 confecção da norma 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 negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2006.


ANTONIO BEZERRA NETO

