



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10980.001633/2003-53
Recurso nº 137.367 Voluntário
Acórdão nº 3801-00.192 – 1ª Turma Especial
Sessão de 06 de julho de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO COFINS
Recorrente POLOVI COMÉRCIO DE PORCELANAS LTDA.
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/11/1995 a 31/03/1996, 01/06/1996 a 31/07/1996, 01/09/1996 a 31/08/2000, 01/11/2000 a 30/11/2000

PRESCRIÇÃO. ART. 165, I E 168, I, AMBOS DO CTN. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior ou indevidamente extingue-se em cinco anos, contados a partir do pagamento do tributo, conforme previsão dos arts. 165, I e 168, I, ambos do CTN.

A prescrição pode ser decretada de ofício, conforme preceitua a Lei nº. 11.280/2006, art. 3º, que alterou o art. 219, § 5º, do CPC.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. VENDAS INADIMPLIDAS. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A base de cálculo da COFINS é aquela definida na lei como sendo o faturamento, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Não integram a base de cálculo da aludida contribuição apenas as exclusões expressamente relacionadas na legislação, não constando as vendas inadimplidas.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, reconhecer preliminarmente a prescrição dos períodos anteriores a 13/02/1998, e no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


MAGDA COTTA CARDOZO - Presidente


ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA - Relatora

EDITADO EM: 21/09/2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Magda Cotta Cardozo, Mônica Monteiro Garcia de Los Rios, Robson José Bayerl, Andréia Dantas Lacerda Moneta e Arno Jerke Júnior. Ausente, justificadamente, a Conselheira Renata Auxiliadora Marcheti (Vice-Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 58/61) interposto pelo contribuinte acima identificado, em 03/11/2006, contra acórdão nº 06-12.314 – 3ª Turma da DRJ em Curitiba/PR, datado de 27 de setembro de 2006, que indeferiu o pedido de restituição, nos termos da ementa do acórdão (fls. 51), abaixo transcrita:

*“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

*Período de apuração: 01/11/1995 a 31/03/1996, 01/06/1996 a
31/07/1996, 01/09/1996 a 31/08/2000, 01/11/2000 a 30/11/2000*

*COFINS. VENDAS FATURADAS E NÃO RECEBIDAS.
RESTITUIÇÃO. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA.*

*Por falta de previsão legal, não podem ser restituídos valores de
Cofins incidentes sobre vendas faturadas e não recebidas.*

Solicitação Indeferida.

Em 14/02/2003, o contribuinte apresentou pedido de restituição de COFINS, em relação a pagamentos que teriam sido efetuados sobre vendas ocorridas entre 1995 e 2000 que não teriam sido recebidas, no valor de R\$ 12.567,38.

Em 26/02/2003 (fls. 27/29) a autoridade local indeferiu o pedido de restituição protocolizado pela Recorrente, tendo esta interposto impugnação à DRJ (fls. 32/33).

A DRJ indeferiu a solicitação, nos termos da Ementa já transcrita.

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes, aduzindo, em suma, ter o direito à exclusão da base de cálculo da COFINS as receitas decorrentes das vendas inadimplidas, bem como o direito à restituição dos referidos valores recolhidos indevidamente no período objeto do presente pedido de restituição.

É o relatório.



Voto

Conselheira ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA, Relatora

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O presente recurso voluntário não merece provimento.

Primeiramente, verifica-se que o pleito restitutivo refere-se ao período de apuração 01/11/1995 a 31/03/1996, 01/06/1996 a 31/07/1996, 01/09/1996 a 31/08/2000, 01/11/2000 a 30/11/2000.

A prescrição, mesmo não sendo debatida nas instâncias administrativas inferiores, entendo que a mesma pode ser decretada de ofício, tendo em vista a alteração sofrida pelo art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil – CPC, pelo art. 3º, da Lei nº. 11.280/2006.

Atualmente, o artigo 219, § 5º, do CPC possui a seguinte redação:

“Art. 219. (omissis)

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição:”

Desta feita, não restam dúvidas de que a prescrição pode ser decretada de ofício, donde, doravante, passaremos a analisá-la.

O direito e prazo para pleitear restituição de indébito estão disciplinados nos arts. 165 e 168 do CTN, que assim dispõem:

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 art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

Aplica-se, portanto, o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do *caput* do art. 168 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.



No lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento do tributo e se confirma com a homologação ocorrida cinco anos depois, o que é ratificado pelo art. 3º da Lei Complementar nº. 118/2005.

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05, que assim dispõe:

"Art. 3º Para efeitos 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."

"Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

O art. 3º da LC 118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370-MT, de 24 de outubro de 2008.

Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. No tocante a Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que se o STF considerar que a interpretação do STJ contraria o CTN (tese dos 5 + 5), as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam meramente interpretativas.

Assim sendo, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, o art. 4º da LC 118/05, não foi retirado do mundo jurídico, não tendo como ser afastado do julgamento administrativo em questão, em aplicação ao que dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

"I – 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, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

No presente caso, o pedido de restituição foi protocolizado no dia 13/02/2003, e refere-se ao período de apuração 01/11/1995 a 31/03/1996, 01/06/1996 a 31/07/1996, 01/09/1996 a 31/08/2000, 01/11/2000 a 30/11/2000, donde conclui-se que os supostos pagamentos indevidos efetuados anteriormente a 13/02/1998 encontram-se prescritos, nos termos da fundamentação supra.

Ainda que se passe pela questão da prescrição, melhor sorte não teria a recorrente em ver seu recurso provido

No mérito, pugna pela exclusão da base de cálculo da COFINS os valores referentes às vendas inadimplidas.

A lei instituidora da COFINS (LC nº 70/91) definiu que sua base de cálculo será apurada com base no faturamento da pessoa jurídica, considerando este como todas as receitas decorrentes da atividade operacional da empresa de venda e mercadorias e/ou prestação de serviços.

Posteriormente, com o advento da Lei nº. 9.718/98, a extensão do conceito de faturamento dirimida em seu art. 1º, §3º, que deu nova definição à receita bruta, base de cálculo da COFINS, como sendo 'a totalidade das receitas brutas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas'.

A controvérsia, no entanto, cinge-se na possibilidade da exclusão da base de cálculo da COFINS dos valores referentes à vendas inadimplidas.

A recorrente sustenta que se tratam de receitas que não foram auferidas efetivamente pela empresa, porquanto não integram o faturamento.

Com efeito, o art. 116, II, do CTN, ao disciplinar sobre o momento em que ocorre o fato gerador para efeito de incidência de tributos, foi redigido nos seguintes termos:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes seus efeitos:

(omissis)

II – tratando-se de situação de jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável”

Diante disso, uma vez celebrado o contrato entre as partes e estando ele perfeito e acabado, isto é, apto a produzir os efeitos jurídicos e tributários, considera-se ocorrido o fato gerador, não importando o momento em que as partes irão cumprir as obrigações pactuadas, ou seja, o adimplemento.

Portanto, o faturamento da empresa para fins de apuração da base de cálculo da COFINS configura-se o resultado de todas as vendas efetuadas no mês de competência, independentemente da entrada do correspondente preço.

Ademais, o art. 3º, §2º, da Lei nº. 9.718/98 estabelece uma série de deduções autorizadas da base de cálculo da COFINS, nele não se incluindo o de vendas inadimplidas.

Assim, pelo fato de que inexistente previsão legal para exclusão das vendas inadimplidas da base de cálculo da COFINS, não há como se deferir o presente pedido de restituição.

Diante do exposto, voto para que se reconheça preliminarmente a prescrição dos períodos anteriores a 13/02/1998 e no mérito que se negue provimento ao presente recurso.

Andréia Dantas Lacerda Moneta
ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA