



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

Processo nº 13804.002546/2002-61
Recurso nº 241.528 Voluntário
Acórdão nº 3302-01.190 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 31 de agosto de 2011
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente PROMORAR ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/04/1992 a 31/01/1999

DIREITO CREDITÓRIO. RESTITUIÇÃO. PRAZO.

Para os pedidos de restituição apresentados até o dia 08/06/2005, o direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da homologação (tácita ou expressa) do pagamento antecipado, nos casos de tributos lançados por homologação. Observância ao princípio da segurança jurídica.

CONSTRUÇÃO E VENDA DE IMÓVEL. RECEITA. TRIBUTAÇÃO.

A receita da empresa que se dedica à construção e venda de imóveis está sujeita à incidência da Cofins, por ser esta uma atividade tipicamente comercial.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente e Relator.

EDITADO EM: 16/09/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

No dia 19/04/2002 a empresa PROMORAR ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA ingressou com pedido de restituição de Cofins, relativo a pagamentos efetuados no período de maio de 1992 a fevereiro de 1999, alegando que a exação não incide na venda de imóveis que constrói para vender, posto que imóvel não é mercadoria e, conseqüentemente, o produto de sua venda não é faturamento.

A Derat em São Paulo - SP indeferiu o pedido da recorrente, alegando decadência para pleitear a restituição de pagamentos efetuados há mais de 05 (cinco) anos e, para os demais períodos, em face da venda de imóveis pela recorrente tratar-se de faturamento, base de cálculo da Cofins, conforme Despacho Decisório e Relatório de fls. 245/254.

Ciente da decisão, a empresa interessada ingressou com a manifestação de inconformidade de fls. 257/271, cujas razões estão sintetizadas no relatório do acórdão recorrido, que leio em sessão.

A 6ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP indeferiu a solicitação da recorrente, nos termos do Acórdão nº 16-12.585, de 27/02/2007, cuja ementa abaixo transcrevo:

COFINS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. RECEITA DE VENDA DE BENS IMÓVEIS.

Os valores recebidos a título de venda de imóveis integram a receita bruta na determinação da base de cálculo das Contribuições para a COFINS

A recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 04/04/2007, conforme AR de fl. 309v, e, discordando da mesma, ingressou, no dia 25/04/2007, com o recurso voluntário de fls. 311/326, no qual reprisa os argumentos da manifestação de inconformidade sobre a inocorrência da decadência (5 + 5 anos) e que imóveis não é mercadoria (não é tributado pelo ICMS e sim pelo ITBI) e o produto de sua venda não é faturamento e, portanto, não integra a base de cálculo da Cofins, sendo indevidos os pagamentos efetuados. Cita doutrina e jurisprudência judicial.

Na forma regimental, o recurso voluntário foi a mim distribuído.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Walber José da Silva, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele conheço.

A recorrente está pleiteando a restituição de Cofins incidente sobre a receita da venda de imóveis que constrói e vende, relativo aos fatos geradores ocorridos entre abril de 1992 e janeiro de 1999.

Antes de adentrar no mérito, entendo oportuno transcrever a parte do Relatório da Derat/SP, que apreciou o pleito da recorrente, no qual noticia a existência de ação judicial impetrada pela recorrente que tratou da mesma matéria: incidência da Cofins na venda de imóveis.

À fl.43, encontra-se cópia de certidão tocante a ação judicial de nº 9247036-0, concernente ao pagamento de COFINS pela empresa em epígrafe a partir do período de apuração correspondente ao mês de abril de 1992. É informado deferimento de liminar permitindo suspensão de exigibilidade mediante depósito mensal dos valores da contribuição questionada e posterior revogação expressa de tal liminar, acompanhada de sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, declarando o requerente carecedor da ação.

Volta a recorrente, agra na esfera administrativa, a questionar a mesma matéria para pleitear a restituição da Cofins incidente na venda de imóveis, inclusive dos depósitos judiciais efetuados no curso da ação e convertidos em renda da União após o respectivo trânsito em julgado.

Embora não altere o resultado do julgamento, tem a recorrente razão quanto à decadência do direito de pleitear a restituição.

É que esta matéria foi apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal em sessão do Pleno, realizada no dia 04/08/2011, que julgou o Recurso Extraordinário nº 566.621 para declarar inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/05, e considerar válida a aplicação do novo prazo de 05 (cinco) anos, para pleitear restituição, tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 09/06/2005.

Por seu turno, o Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/2009), em seu art. 62, Parágrafo Único, inciso I¹, autoriza expressamente a este Colegiado afastar a

¹ **Art. 62.** Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto “*que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Diante desta decisão do STF, para os pedidos de restituição apresentados até o dia 08/06/2005, deverá ser adotado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quanto à contagem do prazo para pleitear restituição de tributos, previsto no art. 168, I, do CTN, ou seja, referido prazo conta-se da data da homologação (tácita ou expressa) do pagamento efetuado e objeto do pedido de restituição.

No caso dos autos, não ocorreu homologação expressa de pagamento. Consequentemente, o prazo para pleitear a restituição conta-se da data da homologação tácita. E, por esta regra, não ocorreu a extinção do direito da Recorrente de pleitear a restituição porque a homologação tácita mais remota de pagamento efetuado (considerando a data do depósito judicial), objeto do pedido de restituição, ocorreu no dia 30/07/1997 e o pedido de restituição foi apresentado no dia 19/04/2002, antes do transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, a que se refere o art. 168 do CTN.

O reconhecimento do direito de pleitear a restituição não implica em reconhecimento da legitimidade dos créditos pleiteados, pelas razões que seguem.

Quanto ao mérito, também não assiste razão à recorrente porque é assente na jurisprudência que o conceito de mercadorias para fins tributários não se restringe às coisas móveis, albergando, também, os imóveis que, tendo valor econômico, possam ser objeto de comércio. Neste sentido, as empresas voltadas para construção e comercialização de imóveis praticam ato de comércio e a receita dessa operação comercial sujeita-se à incidência da Cofins, como bem o disse a decisão recorrida.

Quanto ao fato da venda de imóveis está sujeita ao ITBI e não ao ICMS não me parece relevante para descaracterizar a operação comercial praticada pela recorrente. E não o é porque o fato de um serviço ser tributado pelo ICMS, a exemplo do serviço de transportes intermunicipal e interestadual, não descaracteriza a operação como prestação de serviço. Da mesma forma, o fato de uma mercadoria ser tributada por outro imposto (ITBI) que não o ICMS, não descaracteriza a operação como venda de mercadoria. Mais ainda, o fato desta mercadoria poder ser objeto de transação civil (como de resto qualquer mercadoria pode ser) também não a descaracteriza como mercadoria.

No caso em tela, o objeto social da recorrente é a produção e comercialização de unidades imobiliárias e, portanto, pratica a recorrente atos comerciais.

Mais ainda, ao bater às portas do Poder Judiciário para livrar-se do pagamento da Cofins em suas operações comerciais de venda de imóveis a recorrente não logrou êxito em seu intento e, no período objeto do pedido de restituição, não houve nenhuma alteração legislativa que justifique o descumprimento da lei particular estabelecida pelo Poder Judiciário entre a recorrente e a Fazenda Nacional (União).

No mais, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999², adoto e ratifico os fundamentos do acórdão de primeira instância.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

² Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Processo nº 13804.002546/2002-61
Acórdão n.º **3302-01.190**

S3-C3T2
Fl. 335

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva