



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

Processo nº 10980.005221/2005-54
Recurso nº 256.512 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.452 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente RULIWI REFEIÇÕES INDUSTRIAIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/12/2000

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O termo inicial para contagem do prazo decadencial de repetição de indébito é a da data de extinção do crédito tributário, assim entendido o pagamento antecipado, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, sendo o termo final o dia em que se completa o quinquênio legal, contado daquela data.

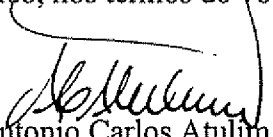
COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE

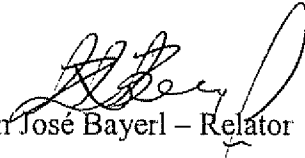
Ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não é reconhecida competência para discutir a constitucionalidade de normas vigentes, hodiernamente, por expressa vedação legal (art. 26-A do Decreto nº 70.235/72). Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, como tema de repercussão geral, pela constitucionalidade da majoração da alíquota da Cofins de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento) promovida pelo art. 8º da Lei nº 9.718/98

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Antonio Carlos Atulim – Presidente


Robson José Bayerl – Relator

EDITADO EM 11/08/2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Versam estes autos sobre pedido de restituição de Cofins, período fevereiro/1999 a dezembro/2000, fundado na inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, alegando o contribuinte que a majoração de alíquota e sua compensação com a CSLL fere os princípios da igualdade e capacidade contributiva e a ampliação da base de cálculo, por seu turno, não encontra respaldo constitucional, aduzindo, ainda, que a EC 20/98 não teria o condão de validar a combatida Lei nº 9.718/98.

Consoante demonstrativo de apuração de créditos acostado pelo contribuinte, não existem receitas provenientes do alargamento da base de cálculo, mas exclusivamente suposto direito creditório pela elevação da alíquota de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento).

O pleito foi formalizado em 08/06/2005.

A DRF Curitiba/PR indeferiu o pedido formulado argumentando a ocorrência da prescrição do direito de repetir o indébito, para os pagamentos realizados até 08/06/2005, valendo-se das conclusões do AD SRF nº 96/99, e, quanto à parte remanescente, não conheceu do pedido por inobservância às disposições da IN SRF nº 414/2004, porquanto o contribuinte apresentou formulário, ao invés do programa próprio, sem demonstrar a impossibilidade de utilização do meio previsto naquele ato normativo.

Em manifestação de inconformidade o contribuinte rebate a ocorrência da prescrição interpretando os arts. 150, 165 e 168, todos do Código Tributário Nacional, na linha exegética do Superior Tribunal de Justiça para sustentar a tese do prazo decenal para reaver o que indevidamente recolheu, citando jurisprudência. Em relação ao não conhecimento do pedido, argumenta que houve equívoco por parte da autoridade administrativa, pois havia explicado que o seu caso, repetição de indébito fundado em inconstitucionalidade de norma tributária, não está arrolado como hipótese de utilização do programa PERDCOMP, o que justificaria a utilização do formulário.

Quanto ao requerimento em si, em extenso arrazoadado, renova as alegações de inconstitucionalidade que invalidam o aumento de alíquota e a ampliação da base de cálculo da Cofins promovidas pela Lei nº 9.718/98.

A DRJ Rio de Janeiro II/RJ manteve o indeferimento em decisão assim ementada:

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

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



PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO SISTEMA ELETRÔNICO. APRESENTAÇÃO APÓS 29/09/2003. INADMISSIBILIDADE.

Sem que haja impedimento de utilização do sistema eletrônico, considera-se não formulado o pedido de restituição apresentado em formulário impresso após 29/09/2003.

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade."

Inconformado com a decisão de primeiro grau administrativo o contribuinte ingressa com recurso voluntário reprisando as razões recursais já deduzidas em sua manifestação de inconformidade, pugnando pela aplicação do disposto no Decreto nº 2.346/97.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade devendo ser conhecido.

Consoante a preliminar argüida (inocorrência) da decadência do direito de vindicar o suposto crédito, onde sustenta o recorrente que disporia de um prazo de 10 (dez) anos para exercer tal pretensão - fincado na tese alcunhada "5 + 5", que considera extinto o crédito tributário com a homologação do lançamento, tomado este elemento como termo inicial do prazo decadencial previsto no art. 168, I do Código Tributário Nacional -, entendo não assistir-lhe razão pelos motivos que passo a expor.

Não obstante a tese apresentada contar como principal arauto o Superior Tribunal de Justiça, que a aplica reiteradamente, entendo que esta exegese, ao menos em sede administrativa, encontra empecilho na dicção dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, *verbis*:

"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.

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

Assim, tratando-se de norma válida e vigente, irrefragável sua incidência no caso vertente, de maneira que a extinção do crédito tributário se concretiza com o pagamento antecipado e não com a sua homologação, como sustentado, implicando no influxo dos arts. 165, I e 168, I do Código Tributário Nacional para definição do *dies a quo* do interstício decadencial.

Outrossim, não se diga que o dispositivo em comento não se aplicaria à hipótese, por cuidarem estes autos de recolhimentos anteriores ao advento da referida lei complementar, porquanto tratando-se de norma expressamente interpretativa, nos termos do art. 106, I do Código Tributário Nacional, alcança os fatos jurídicos tributários pretéritos ao seu advento, como, inclusive, se extrai do próprio art. 4º supra transcrito.

Demais disso, em face da literalidade do texto, descabida a realização, neste colégio, de interpretações enviesadas tendentes a esvaziar seu conteúdo, sob pena de se negar cumprimento a norma válida no sistema jurídico pátrio, o que lhe é vedado.

Diante deste quadro, tenho como alcançados pela decadência do direito à repetição os valores pagos até 07/06/2000, inclusive, uma vez que a formalização do pedido de restituição data de 08/06/2005.

Ainda em sede preambular, no que concerne à questão da utilização do formulário para aviar o pedido de restituição apresentado, segundo a IN SRF 460/2004, vigente à época dos fatos, a restituição de tributos seria cabível nas seguintes hipóteses e condições:

Art. 2º Poderão ser restituídas pela SRF as quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição sob sua administração, nas seguintes hipóteses:

I – cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou em valor maior que o devido;

II – erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

§ 1º Também poderão ser restituídas pela SRF, nas hipóteses mencionadas nos incisos I a III, as quantias recolhidas a título de multa e de juros moratórios previstos nas leis instituidoras de obrigações tributárias principais ou acessórias relativas aos tributos e contribuições administrados pela SRF.

§ 2º A SRF promoverá a restituição de receitas arrecadadas mediante Darf que não estejam sob sua administração, desde que o direito creditório tenha sido previamente reconhecido pelo órgão ou entidade responsável pela administração da receita.

Art. 3º A restituição a que se refere o art. 2º poderá ser efetuada:

I – a requerimento do sujeito passivo ou da pessoa autorizada a requerer a quantia; ou

II – mediante processamento eletrônico da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF).

§ 1º A restituição de que trata o inciso I será requerida pelo sujeito passivo mediante utilização do Programa Pedido Eletrônico de Ressarcimento ou Restituição e Declaração de Compensação (PER/DCOMP) ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição constante do Anexo I, ao qual deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório.” (grifei)

Mais adiante o mesmo ato normativo dispõe:

Art. 31. A autoridade competente da SRF considerará não formulado o pedido de restituição ou de ressarcimento e não declarada a compensação quando o sujeito passivo, em inobservância ao disposto nos §§ 2º a 4º do art. 76, não tenha utilizado o Programa PER/DCOMP para formular pedido de restituição ou de ressarcimento ou para declarar compensação.

(...)

Art. 76. Ficam aprovados os formulários Pedido de Restituição, Pedido de Ressarcimento de Créditos da Contribuição para o PIS/Pasep, Pedido de Ressarcimento de Créditos da Cofins, Pedido de Cancelamento ou de Retificação de Declaração de Importação e Reconhecimento de Direito de Crédito, Pedido de Ressarcimento de IPI – Missões Diplomáticas e Repartições Consulares e Declaração de Compensação constantes, respectivamente, dos Anexos I, II, III, IV, V e VI.

§ 1º A SRF disponibilizará, no endereço <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>, os formulários a que se refere o caput.

§ 2º Os formulários a que se refere o caput somente poderão ser utilizados pelo sujeito passivo nas hipóteses em que a restituição, o ressarcimento ou a compensação de seu crédito para com a Fazenda Nacional não possa ser requerida ou declarada eletronicamente à SRF mediante utilização do Programa PER/DCOMP.

§ 3º A SRF caracterizará como impossibilidade de utilização do Programa PER/DCOMP, para fins do disposto no § 2º, no § 1º do art. 3º, no § 3º do art. 16 e no § 1º do art. 26, a ausência de previsão da hipótese de restituição, de ressarcimento ou de compensação no aludido Programa, bem como a existência de falha no Programa que impeça a geração do Pedido Eletrônico de Restituição, do Pedido Eletrônico de Ressarcimento ou da Declaração de Compensação.

§ 4º A falha a que se refere o § 3º deverá ser demonstrada pelo sujeito passivo à SRF no momento da entrega do formulário, sob pena do enquadramento do documento por ele apresentado no disposto no art. 31.

§ 5º Aos formulários a que se refere o caput deverá ser anexada documentação comprobatória do direito creditório.” (grifei)

Como deflui sem grande esforço interpretativo, a regra é a utilização do programa gerador próprio, sendo apenas excepcional o uso de formulários e desde que fundamentada e documentada a situação impeditiva de sua aplicação.

Por ocasião do pleito, entendeu o contribuinte que o seu caso se subsumiria às exceções arroladas, de vez que não se trataria de um pagamento indevido ou a maior na

concepção adotada pela RFB, que, consoante sua opinião, somente admite a hipótese fundada na ocorrência de erro, apurado ou não em declaração, e indébito decorrente de decisão judicial com trânsito em julgado, declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* ou edição de resolução do Senado Federal.

Da leitura da peça recursal, a bem da verdade, noto que o contribuinte deduziu que a RFB não aceitaria o seu pedido de restituição eletrônico, pois que lastreado em suposta inconstitucionalidade de lei, desprovida de decisão judicial a lhe agasalhar.

Não há notícia nos autos que o recorrente tenha efetuado qualquer tentativa de transmitir o indigitado PERDCOMP.

Todavia, observo que o período requerido – fevereiro/1999 a dezembro/2000 – abrange pagamentos alcançados pela decadência, como já acentuado, o que impediria a transmissão do respectivo pedido de restituição eletrônico, porquanto os sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil estão programados para não aceitar restituição atinente a recolhimentos efetivados há mais de 05 (cinco) anos, a contar da data de transmissão do pedido, como no caso dos autos.

Por esta razão, e não pela pretensa inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, tenho como inserto o pedido *sub examine* na exceção do art. 76, § 3º da IN SRF 460/2004 supracitado, de modo que, deve ser ultrapassado o defeito de formalização e conhecido o pedido de restituição formulado.

No mérito, contudo, não há possibilidade de se reconhecer a procedência da restituição requestada, eis que fundada exclusivamente na majoração de alíquota, de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento), conforme se extrai do demonstrativo acostado à fl. 06 desde processo, nele não havendo qualquer espécie de receita diversa de faturamento a compor a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a repercussão geral do tema e concluiu pela inconstitucionalidade apenas do conceito ampliado de faturamento, sem qualquer referência à majoração de alíquota, em manifestação que reproduz:

BASE DE CÁLCULO DA COFINS E INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98

O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência da Corte acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e negar provimento a recurso extraordinário interposto pela União. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Min. Cezar Peluso, relator, para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões. Vencido, também nesse ponto, o Min. Marco Aurélio, que se manifestava no sentido da necessidade de encaminhar a proposta à Comissão de Jurisprudência.

Leading case: RE 585.235-QO, Min. Cezar Peluso.

Portanto, a combatida elevação da alíquota não foi objeto da declaração incidental de inconstitucionalidade, pelo contrário, foi reconhecida a procedência da alteração,

o que se confirma pelo seguinte excerto, retirado do sítio virtual do STF, como matéria de repercussão geral com mérito já julgado:

“31. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. LEI Nº 9.718/98, ARTIGO 8º.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento da Corte no sentido da inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, que alargou a base de cálculo do PIS e da Cofins, para reconhecer que a receita bruta (faturamento) seria a “totalidade das receitas auferidas” pelas empresas.

A decisão, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário 527602, seguiu o entendimento do ministro Marco Aurélio, para quem o novo conceito de faturamento criado pelo dispositivo questionado – uma lei ordinária, foi além do que previu a Constituição Federal – que determinava a necessidade de uma lei complementar para tal.

Já o artigo 8º da mesma lei, que aumentou a alíquota da contribuição, de 2% para 3%, foi considerado constitucional pela Corte, uma vez que não existe a necessidade de lei complementar para tratar do aumento da alíquota.

Os ministros se mantiveram fiéis a uma série de REs julgados recentemente pela Corte que tratavam deste assunto – como os recursos 357950, 390840, 358273, 346084 e 336134.

Leading case: RE 527.602, Min. Eros Grau, relator para o acórdão Min. Marco Aurélio” (grifei)

O Conselho Administrativo Fiscal – CARF, por sua vez, não tem competência para declarar inconstitucionalidade de normas, como já sumulado (Súmula CARF nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária).

Vale destacar também a expressa vedação neste sentido coligida pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação alterada pela Lei nº 11.941/2009, que transcrevo:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”.

Pelas razões expostas, voto no sentido de negar provimento ao recurso.


Robson José Bayerl

