



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

Processo nº 10980.005246/2005-58
Recurso nº 503.618 Voluntário
Acórdão nº **3803-02.194 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 8 de novembro de 2011
Matéria COFINS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Recorrente APOIO ASSESSORIA E FOMENTO SC LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 10/03/1999 a 15/05/2000

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO FORMULADO EM PAPEL CONSIDERADO COMO NÃO FORMULADO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI - IMPOSSIBILIDADE.

Tratando de pedido de restituição formulado em papel em razão de pagamentos indevidos a título de COFINS, com fundamento na inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718/98, não podem ser considerados como não formulados, por ausência de previsão legal para sua formulação eletrônica.

PRELIMINAR.PREJUDICIALIDADE. JULGAMENTO DO MÉRITO.

Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis (art. 28 do DL 70.235/72). Da mesma forma, encontra-se prejudicada a preliminar quando os autos são suficientes para conferir ao julgador elementos suficientes para julgar o mérito.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 10/03/1999 a 15/05/2000

MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA DE 2% PARA 3% -LEGALIDADE.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o RE 527602/SP, em sessão de 05/08/2009, com repercussão geral, considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 e afirmou a constitucionalidade do art. 8º, *caput*, do mesmo diploma legal, de maneira que devem ser consideradas legítimas as exações tributárias recolhidas com fundamento no artigo 8º da referida Lei.

Recurso Voluntário Negado.

Direito Creditório Não Reconhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o relator, que deu provimento ao recurso. Designado o Conselheiro João Alfredo Eduão Ferreira para a redação do voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Alexandre Kern - Presidente

(Assinado digitalmente)

Juliano Lirani – Relator

(Assinado digitalmente)

João Alfredo Eduão Ferreira - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Kern, Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafetá Reis, João Alfredo Eduão Ferreira, Jorge Victor Rodrigues e Juliano Eduardo Lirani.

Relatório

O contribuinte supra mencionado apresentou em 08.06.2005, por meio de formulário em papel, pedido de restituição de COFINS em relação ao período de apuração compreendido entre 10/03/1999 a 15/01/2001, no montante atualizado de R\$ 3.642,19, sob pressuposto de que o art. 3º da Lei n.º 9.718/1998 teria ampliado a base de cálculo do tributo e por conta disso seria inconstitucional.

O pedido foi não conhecido pela repartição de origem e por conta disso o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade às fls. 21/45, que por sua vez não foi conhecido pela DRJ de Curitiba em função do pedido ter sido considerado não formulado, por ter desrespeitado as Instruções Normativas n.º 414/2004, art. 2º e 517/2005, art. 2º.

Às fls. 47/49 a decisão da DRJ compreendeu que o contribuinte poderia ter apresentado em papel o pedido de ressarcimento até 29.09.2003. Entretanto, após a edição da IN n.º 460/2004 a restituição passou a ser formulado obrigatoriamente em meio PER/DCOMP.

Os julgadores de primeiro grau reafirmam que as instruções normativas não determinam que apenas os pagamentos indevidos ou a maior por erro, ou a maior que os apurados em declaração é que poderiam ser requeridos eletronicamente, uma vez que IN 414/2004 obriga a apresentação de PER/DCOMP como condição para formular o pedido de restituição de COFINS. A DRJ ainda tece comentários a respeito da impossibilidade da análise no âmbito administrativo de questões relacionadas a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718/1998.

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 47/56 insurgindo-se contra o entendimento fazendário a partir do argumento de que foi impossibilitado de apresentar pedido de restituição por meio do programa PER/DCOMP em razão de que este programa autoriza apenas:

a) restituição de saldos negativos de IRPJ ou CSLL;

b) pagamentos indevidos ou a maior;

- c) ressarcimento e ressarcimento de IPI referente a créditos presumidos de IPI, previstos na Lei nº 9.363/96 e Lei nº 10.276/01 e créditos de IPI relativos a entradas de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem para industrialização.

Argumentou que a apresentação do pedido atendeu o art. 3º da IN nº 414/2004, bem como que em se tratando de Pedido de Restituição, a Receita Federal apenas admite como pagamento indevido ou a maior créditos líquidos e certos, e estes somente quando referentes pagamento indevido; pagamento a maior apurado em declaração ou pagamento indevido resultante de processo administrativo ou judicial ou declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF em ADIn ou suspensão da execução de lei por resolução do Senado Federal.

Ressalta ter apresentado em papel o formulário porque o seu pedido não se enquadra em nenhuma das hipóteses antes mencionadas, já que se trata restituição de pagamentos indevidos a título de COFINS recolhida com fundamento na inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718/98.

Por fim, tece comentários a respeito da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 a reproduz o recurso extraordinário pertinente à matéria e ainda requer a aplicação do Decreto n.º 2.346/97 que determina a obrigatoriedade de cumprimento das decisões do STF pela Administração Pública Federal, que por sua vez afastou a ampliação da base de cálculo da COFINS, bem como reafirma a aplicação da SELIC sobre o principal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Juliano Lirani

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos para sua admissibilidade.

PER/DCOMP X FORMULÁRIO EM PAPEL

Afirmou o sujeito passivo que somente promoveu o pedido de restituição por meio de formulário em papel, tendo em vista que a IN nº 414/2004 não prevê a hipótese de apresentação de restituição em meio eletrônico quando o pagamento da COFINS tenha sido realizado com fundamento em lei inconstitucional. Além do que, não havia previsão para a apresentação de PER/DECOMP diante do caso em questão.

Entretanto, em que pesem estes argumentos, “data vênia” com eles não posso concordar, uma vez que realmente a IN nº 414/2004 traz de forma clara a obrigação acessória de apresentação de PER/DECOMP em se tratando de pedido de restituição de COFINS, conforme já ponderou a decisão de primeiro grau. Logo, neste aspecto penso que o dever instrumental de protocolizar o pedido de restituição em meio eletrônico está previsto na referida instrução normativa.

Agora, analisando a legalidade das instruções normativas que embasaram a decisão guerreada, vejo que a DRJ de Curitiba, fundamentou sua manifestação nas Instruções Normativas n.º 414/2004, 210/2002, 320/2003, 517/2005, 460/2004.

Embora várias instruções normativas tenham sido citadas na decisão, noto que se aplica ao caso o artigo 2º da IN 517/2005, conforme abaixo transcrita:

IN 517/2005:

*Art. 2º O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, e que desejar utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF ou ser restituído ou ressarcido desses valores deverá encaminhar à SRF, respectivamente, **Declaração de Compensação, Pedido Eletrônico de Restituição ou Pedido Eletrônico de Ressarcimento gerados a partir do Programa PER/DCOMP 1.6, nas seguintes hipóteses:***

IV - tratando-se de Pedido de Restituição formulado por pessoa jurídica, em todos os casos em que o crédito tenha sido reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, bem assim naqueles em que o crédito do sujeito passivo se refira a:

c) pagamento indevido ou a maior de IRPJ, Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), IPI, Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), ITR, Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), CSLL, Contribuição para o PIS/Pasep, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) ou Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) efetuado há menos de cinco anos mediante qualquer código de receita do respectivo imposto ou contribuição, inclusive multa moratória e juros moratórios do IRPJ, IRRF, IPI, IOF, ITR, Simples, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, CPMF ou Cide;(Grifo)

Destaco também a redação da IN n.º 460/2004, que por sua vez determina que a apresentação do formulário em papel somente é possível quando o contribuinte comprovar a impossibilidade da utilização do programa PER/DCOMP, ou seja, diante de falhas no programa. “Data vênua”, entendimento contrário, a referida instrução normativa está criando dever instrumental não prevista em lei, ainda mais em se tratando da fixação de uma restrição ao exercício do direito do contribuinte.

Explicando melhor !!!

No âmbito federal o pedido de restituição e compensação são regulados pelas as Leis n.º. 8.383/91, n.º. 9.430/96 e n.º. 10.637/02, além do CTN.

A Lei n.º 9.430/96 enumera no § 12 do art. 74, 16 (dezesseis) hipóteses consideradas como pedido não formulado:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais, com trânsito em julgado, relativo a tributo ou

contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.(Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

~~*§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação:(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)*~~

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º: (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003)

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União; (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

~~*IV - os créditos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com o débito consolidado no âmbito do Programa de Recuperação Fiscal - Refis, ou do parcelamento a ele alternativo; e (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)*~~

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

~~*V - os débitos que já tenham sido objeto de compensação não homologada pela Secretaria da Receita Federal. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)*~~

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

~~*VII - os débitos relativos a tributos e contribuições de valores originais inferiores a R\$ 500,00 (quinhentos reais); (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

~~*VIII - os débitos relativos ao recolhimento mensal obrigatório da pessoa física apurados na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 1988; e (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

~~*IX - os débitos relativos ao pagamento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL apurados na forma do art. 2º. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

~~*§ 5º A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)*~~

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto

nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

~~*§ 12. A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo, podendo, para fins de apreciação das declarações de compensação e dos pedidos de restituição e de ressarcimento, fixar critérios de prioridade em função do valor compensado ou a ser restituído ou ressarcido e dos prazos de prescrição. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)*~~

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - previstas no § 3º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - em que o crédito: (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

a) seja de terceiros; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

c) refira-se a título público; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

~~*f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei que não tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade, nem tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

1 – tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

2 – tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

3 – tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

4 – seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 13. O disposto nos §§ 2º e 5º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

~~*§15. Aplica-se o disposto no §6º nos casos em que a compensação seja considerada não declarada.(Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

~~*§16. Nos casos previstos no §12, o pedido será analisado em caráter definitivo pela autoridade administrativa.(Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

~~*§17. O valor de que trata o inciso VII do §3º poderá ser reduzido ou restabelecido por ato do Ministro de Estado da Fazenda.(Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*~~

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

Assim, analisando cada um dos casos elencados pelo art. 74, § 12 da Lei n.º 9.430/96, não consegui vislumbrar que a apresentação do pedido de restituição, quando apresentado em papel, será declarado não formulado.

Por outro lado, é verdade que o § 14 da Lei n.º 9.430/96, confere à Receita Federal a prerrogativa para que ela discipline as questões pertinentes a compensação e restituição. Entretanto, quero crer que ao Poder Executivo não foi autorizado acrescentar, por meio de instrução normativa, as hipóteses para que o pedido formulado pelo contribuinte seja considerado não formulado, principalmente porque estas hipóteses estão taxativamente elencadas § 12 do art. 74 da Lei n.º 9.430/96.

Ora, assim a partir do momento em que a Receita Federal cria obrigação que não está prevista em lei, indubitavelmente está violando o princípio da estrita legalidade. Nesta

linha, vale citar que o TRF da 1ª Região, 4ª Turma, MAS 1999.38.00.039.640-2-MG, Rel. Juiz Hilton Queizoz, afastou a IN n.º 460/2004 que criou dever instrumental não previsto na Lei n.º 9.430/96, justamente por compreender que as instruções normativas ou decretos devem no máximo dar cumprimento das disposições da lei, mas nunca inová-la.

No julgado abaixo citado, prevaleceu o entendimento de que a Secretaria da Receita Federal extrapolou o seu poder regulamentar quando considerou não declarado o pedido de compensação com créditos superiores a 5 anos anteriores à declaração de compensação.

O TRF 3.ª Região também já se manifestou contra a tentativa do Poder Executivo em aplicar, por instrução normativa, as hipóteses previstas no art. 74 da Lei n.º 9.430/96:

*AMS 200661260059447AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE
SEGURANÇA – 303543*

TRF 3.ª Região.

Juiz: SOUZA RIBEIRO

TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 22/01/2009

*MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO E
TRIBUTÁRIO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE
COMPENSAÇÃO E EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO FISCAL -
COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA CONSIDERADA COMO "NÃO
DECLARADA" - HIPÓTESES LEGAIS - ARTIGO 74, § 10, DA
LEI Nº 9.430/96 - INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 460/04,
ARTIGOS 26, § 2º E 31, COMBINADA COM O ARTIGO 2º,
INCISO IV E V, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº
486/2004 - **DESCABIMENTO DO ATO DE CONSIDERAR
COMO "NÃO DECLARADA" A COMPENSAÇÃO POR
MOTIVO DE SUPOSTA DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO DOS
CRÉDITOS COMPENSADOS. I - Agravo retido não conhecido,
em face da não reiteração nas razões recursais. II - Em se
tratando de débitos objeto de pedido administrativo de
compensação, o artigo 74 da Lei nº 9.430/96 prevê o
procedimento administrativo para que o contribuinte proceda à
compensação tributária mediante apresentação de declaração
própria à Receita Federal, sujeito a condição resolutória de sua
ulterior homologação pela autoridade fiscal competente, sendo
que da eventual não homologação cabe a interposição de
manifestação de inconformidade e recurso ao Conselho de
Contribuintes, instrumentos que devem ser considerados como
causa suspensiva da exigibilidade do crédito fiscal enquanto
pendentes de julgamento definitivo, na forma do art. 151, III, do
CTN, entendimento aplicável ainda que anteriormente à redação
dada pela Lei nº 10.833, de 2003, conforme precedentes do Eg.
STJ e desta Corte Regional. III - Em caso de não-homologação
da compensação declarada pelo contribuinte, cumpre à
autoridade intimá-lo na forma do § 7º do artigo 74 da Lei n.
9.430/96, ou seja, para efetuar o pagamento no prazo de 30 dias,***

sob pena de inscrição em dívida ativa e execução (§ 8º), podendo o contribuinte insurgir-se contra a decisão mediante a defesa denominada de "manifestação de inconformidade" e "recurso" (§§ 9º a 11). A lei não exige, porém, que da intimação da decisão de não-homologação da compensação declarada conste a fundamentação da decisão e nem a possibilidade de interposição daquela defesa e recurso, não se inferindo daí qualquer ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, já que se trata de possibilidade prevista em lei e de conhecimento presumido por todos. IV - No caso dos autos, porém, a pretensão formulada no "mandamus", em substância, é no sentido de se reconhecer a nulidade do processo administrativo a partir do momento em que a manifestação de inconformidade não foi conhecida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ de Campinas, SP), postulando a impetrante que seja referido recurso (manifestação de inconformidade) conhecido e processado na forma do Decreto nº 70.235/72, em consequência devendo permanecer suspensa a exigibilidade do crédito fiscal decorrente de referido processo administrativo de compensação, enquanto pender de julgamento de mérito a referida manifestação de inconformidade. V - **O recurso havia sido interposto contra decisão da Secretaria da Receita Federal em Santo André, a qual, por sua vez, deu como "não declarada" a sua Declaração de Compensação - DCOMP (apresentada em formulário impresso, no Processo Administrativo nº 10805.000024/2005/70), porque não foi apresentada no formulário eletrônico PER/DCOMP, como seria determinado no artigo 26, § 2º, da IN SRF nº 460/2005, alterada pela IN SRF nº 534/05, combinado com o artigo 2º, incisos IV e V, da IN SRF nº 486/2004, já que não demonstrada a impossibilidade de utilização do formulário eletrônico, de forma que estaria o pedido de compensação em confronto com o artigo 31 da IN SRF nº 460/04 e, ao final, assentando também que os créditos compensados eram anteriores a 5 anos e por isso já estariam alcançados pela decadência/prescrição extintiva do direito da impetrante.** VI - Verifica-se da regulamentação indicada na decisão administrativa proferida pela Secretaria da Receita Federal em Santo André que o caso da impetrante era de apresentação obrigatória do pedido eletrônico de compensação PER/DCOMP, cuja utilização foi restrita, porém, aos casos de créditos até 5 (cinco) anos anteriores ao pedido, conforme artigo 26, § 10, da IN SRF nº 460/04, combinado com o artigo 2º, inciso IV, da IN SRF nº 486/04, em virtude do que a impetrante resolveu ingressar com uma Declaração de Compensação em formulário plano (impresso - não eletrônico), pelo que a autoridade fiscal entendeu como "não declarada" a compensação porque não utilizado o formulário PER/DCOMP. VII - **Ocorre que as situações para que a compensação seja considerada como "não declarada" são apenas aquelas discriminadas na Lei n.º 9.430/96 (I - previstas no § 3º deste artigo; II - em que o crédito: a) seja de terceiros; b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei no 491, de 5 de março de 1969; c) refira-se a título público; d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF), de forma que incorreram**

em excesso de poder regulamentar, em ofensa ao princípio da legalidade, aquelas normas regulamentares das Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal que instituíram dentre as causas de "não declaração" a situação de o contribuinte pretender a compensação com créditos além do período de 5 anos anteriores à declaração de compensação, pelo que a declaração de compensação apresentada pela impetrante não poderia ter sido considerada como "não declarada". VIII - Além disso, tem-se que a decisão administrativa da Secretaria da Receita Federal em Santo André, na sua parte final, na verdade, rejeitou a declaração de compensação formulada pela impetrante pela suposta decadência/prescrição que teria se consumado, ou seja, em seu mérito, assentando que teria sido extinto o alegado direito da impetrante. IX - Diante disso, a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ de Campinas, SP), que não conheceu do recurso de manifestação de inconformidade interposto pela impetrante (ao pressuposto de que a decisão recorrida havia dado como "não declarada" a compensação) incorreu em vício, decorrente da própria ilegalidade da decisão recorrida e, também, do fato de que a decisão recorrida em substância havia dado como extinto o direito de compensação em seu mérito (pela decadência/prescrição), razão pela qual impõe-se a admissão e processamento da manifestação de inconformidade, nos termos e com os efeitos da legislação específica. X - Assim sendo, correta a sentença proferida neste "mandamus", que determinou o processamento e julgamento de mérito da manifestação de inconformidade, ficando até então suspensa a exigibilidade do crédito fiscal. XI - Agravo retido não conhecido e apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas.

Cito ainda julgado da 4ª Região do TRF, que afastou a aplicação da IN nº 517/2005 que exige para a compensação prévia habilitação do crédito, mediante pedido do sujeito passivo, formalizado em processo administrativo.

AC 200571070017313

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. IN/SRF 517/2005. REGULAMENTO. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96. EXTRAPOLAÇÃO. ILEGALIDADE. 1. A declaração de compensação através do Pedido Eletrônico de Restituição ou Ressarcimento e da Declaração de Compensação (PER/DCOMP 1.6) foi instituído pela Instrução Normativa SRF nº 320/2003. 2. A inovação e ilegalidade consiste na exigência de prévia habilitação do crédito, mediante pedido do sujeito passivo, formalizado em processo administrativo instruído com a documentação referida no art. 3º, § 1º, da IN/SRF 517/2005, que extrapolam os contornos delineados para a compensação direta de créditos tributários definidos pelo art. 74, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 10.637/2002. 3. Autorizada a compensação dos créditos tributários decorrentes da sentença judicial transitada em

julgado, sem a exigência de prévia habilitação, instituída pela Instrução Normativa SRF nº 517/05. (Grifo)

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N.º 9.718/98

Vale lembrar que a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições sociais, promovida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, já foi decretada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 585.235, sob sistemática prevista pelo art. 543-A, § 2º, do CPC, de forma que tal decisão deverá ser reproduzida neste julgamento, consoante art. 62-A do Regimento Interno do CARF, razão pela qual devem ser retiradas da base de cálculo as parcelas referentes a “outras receitas”.

DECADÊNCIA

A controvérsia no presente Recurso Voluntário versa, inicialmente, sobre a decadência, fundamentada no art. 165, I, e 168, I do Código Tributário Nacional, com auxílio interpretativo do art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

Em relação ao prazo para repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, o Supremo Tribunal Federal em recente sessão do dia 04.08.2011, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.621 (RS), com repercussão geral, decidiu que é inconstitucional a segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar 118/2005.

Lei Complementar 118, de 2005, artigo 3º e 4º:

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.

Nesse julgamento prevaleceu o voto proferido pela ministra relatora Ellen Gracie no sentido de respeitar o princípio da segurança jurídica e declarar a vigência da Lei Complementar 118/2005, inclusive o artigo 3º, a partir de 9 de junho de 2005, cento e vinte dias após sua publicação. Na *vacatio legis*, segundo a Corte Suprema, permanece aplicável, para tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo jurisdicionalmente fixado pelo Superior Tribunal de Justiça de 5 anos para a homologação, a partir da ocorrência do fato impositivo, acrescido de outros 5 anos para o sujeito passivo pleitear a repetição do indébito.

Assim, amparado no artigo 62 – A, introduzido no nosso regimento interno pela Portaria MF 586, de 21 de dezembro de 2010, tenho como tempestivo o pedido protocolado no dia 8 de junho de 2005, antes da vigência da Lei Complementar 118/2005, porquanto a pretendida restituição da contribuição é inerente a fatos impositivos ocorridos no período de março de 1999 a abril de 2000.

Regimento Interno do CARF, artigo 62-A:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e

543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (§ 1º) Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

(§ 2º) O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (artigo introduzido pela Port. MF 586, de 21 de dezembro de 2010).

Por conseguinte, deve ser reparada a decisão que considerou extinto, por decurso do prazo, o direito do sujeito passivo de pleitear a restituição do tributo em exame.

Ante o exposto, considero o pedido formulado e uma vez que já foi declarada a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 585.235, resta somente se curvar a esta decisão aceitar os seus efeitos cogentes, consoante art. 62-A do Regimento Interno do CARF, razão pela qual devem ser retiradas da base de cálculo as parcelas referentes a “outras receitas”.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso.

Sala das sessões, 08 de novembro de 2011.

(Assinado digitalmente)

Juliano Lirani - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro João Alfredo Eduão Ferreira – Redator designado.

No tocante ao não-conhecimento do pedido de restituição por parte da Receita Federal do Brasil, acompanho o i. relator em suas conclusões, ou seja, pelo conhecimento, entretanto, peço vênia para divergir quanto aos motivos que nos leva a tal conclusão, porquanto no nosso entender, o pedido deverá ser conhecido justamente por não haver previsão legal, dentre as possibilidades relacionadas pela Instrução Normativa nº 517/2005 para a restituição de pagamentos indevidos a título de Cofins com base em ilegalidades e inconstitucionalidades da Lei nº 9.718/98.

Desta forma, tomando por vista o princípio da legalidade administrativa, o qual preceitua que o ato administrativo somente poderá ser praticado se houver expressa previsão legal, bem como que a ora Recorrente não se enquadra em nenhuma das hipóteses da IN 517/2005, deverá ser-lhe concedido o direito de formular seu pedido nos moldes do art. 3º da Instrução Normativa nº 414/2004.

Quanto á preliminar de prescrição/decadência, considerando que não houve trânsito em julgado da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário 566.621/RS, no qual se fundamentou o conselheiro relator, entendemos que não cabe a aplicação do 62-A do

RICARF, entretanto, entendemos que tal questão encontra-se prejudicada haja vista que no mérito, o Recurso Voluntário não prosperará conforme veremos a seguir.

Trata-se de Pedido de Restituição da Cofins, protocolizado em 08/06/2005, em relação aos pagamentos efetuados, entre 10/03/1999 e 15/01/2001, para os períodos de apuração 02/1999 e 12/2000, no total de R\$ 3.642,19, tendo como motivo a ilegalidade e inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98. Os débitos referentes a período anterior a 08/06/2000 foram considerados prescritos, e os demais não declarados, haja vista que não foram observadas as normas de regência para a formalização do Pedido.

Dito isto, superadas a prejudicial do não conhecimento e a preliminar de decadência, passemos às questões de mérito para a boa solução da lide.

Observa-se que, ao contrário do que argumenta o Contribuinte, a controvérsia encontra-se adstrita não ao alargamento da base de cálculo da Cofins cuja inconstitucionalidade foi devidamente reconhecida pelo STF, mas à majoração da alíquota desta contribuição social de 2% para 3% a partir da vigência da Lei nº 9.718/98, conforme se extrai dos demonstrativos de fls. 05/06.

Ora, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09.11.2005, apreciando recursos extraordinários (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG), bem como, o RE 527602/SP em sessão de 05/08/2009 com repercussão geral, considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 e afirmou a **constitucionalidade** do art. 8º, *caput*, do mesmo diploma legal. A síntese do julgado foi noticiada pelo Informativo de Jurisprudência nº 408 daquela Corte, nos seguintes termos:

"Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, cujo art. 3º, § 1º, define o conceito de faturamento ("Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.") – v. Informativos 294, 342 e 388. O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 – o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) –, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto,

20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF ("Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;"). RE 346084/PR, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, 9.11.2005. (RE-346084)"

Relativamente à majoração da alíquota, assim se manifestou o Min. Marco Aurélio no voto condutor do julgamento:

"Quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 8º, cabeça, da Lei nº 9.718/98 - que dispõe sobre a majoração da alíquota da COFINS -, improcede o que sustentado no extraordinário. (...) Assim, observa-se, no ponto, o que já decidido por esta Corte, no sentido da desnecessidade de lei complementar para a majoração de contribuição cuja instituição se dera com base no citado dispositivo constitucional, vale dizer, no artigo 195, inciso I, da Carta da República. Descabe cogitar, portanto, de instrumental próprio, ou seja, o da lei complementar, para a majoração da alíquota da COFINS." (RE 357.950/RS, RE 358.273/RS e RE 390.840/MG, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio)

Assim, afirmada a constitucionalidade da majoração de alíquota operada pelo art. 8º, *caput*, da Lei 9.718/98, devem ser consideradas legítimas as exações tributárias recolhidas, mesmo porque, encontram-se os Conselheiros deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais obrigados a reproduzirem em seus votos decisões proferidas pelo STF quando definitivas de mérito e observarem a sistemática prevista pelo artigo 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.¹

Ante o exposto, voto por considerar declarado o Pedido de Restituição levado à cabo pelo Contribuinte, considerar prejudicada a alegação de decadência e NEGAR PROVIMENTO ao presente recurso voluntário ante à constitucionalidade reconhecida pelo Pleno do STF da majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3%.

[assinado digitalmente]

João Alfredo Eduão Ferreira – Redator designado

¹ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.