

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

Processo n° 10980.005261/2005-04
Recurso n° 256.515 Voluntário
Acórdão n° 3403-00.301 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente REI DAS ESPUMAS COMÉRCIO DE PLÁSTICOS E COLCHÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/01/2004

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.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/01/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMA DE REALIZAÇÃO. ATOS NORMATIVOS BAIXADOS PELA RFB. OBSERVÂNCIA.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil possui atribuição legal para organizar e normatizar a forma de realização dos pleitos de repetição de indébito, ressarcimento de direitos creditórios e compensação de tributos por ela administrados, na forma da lei, redundando em obrigatoriedade para o contribuinte a formalização de suas demandas, atinentes a tais matérias, nos moldes fixados por aquele órgão, sob pena de não conhecimento de seu requerimento.

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. Os Conselheiros Marcos Tranchesi Ortiz, Domingos de Sá Filho e Ivan Allegretti votaram pelas conclusões.


Antonio Carlos Atulim - Presidente


Robson José Bayerl - Relator

EDITADO EM 20/05/2010

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

Relatório

Cuidam estes autos de pedido de restituição de Cofins, período fevereiro/99 a janeiro/2004, lastreado em alegada inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98 na apuração do tributo, todavia, como se depreende da planilha de apuração do indébito (fls. 06/07), a alteração se limita à majoração de alíquota, não envolvendo a ampliação da base de cálculo.

A DRF Curitiba negou o pedido, considerando prescrito o direito à repetição dos recolhimentos anteriores a 08/06/2000, em face da data de protocolização do processo (08/06/2005), e, quanto aos recolhimentos efetuados a partir de então, não conheceu de sua realização porquanto firmado em desacordo com as normas administrativas vigentes.

Em manifestação de inconformidade o contribuinte rechaçou a ocorrência da prescrição, defendendo a tese do prazo decenal para restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, tal como preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, em cuja jurisprudência se fia; afirmou a correção do seu procedimento de formalização do pedido de restituição, sustentando que o seu caso não se enquadraria no regime geral de utilização do programa "PERDCOMP", mas sim nas exceções previstas na Instrução Normativa SRF nº 414/2004; por fim, alegou que seu direito à repetição se assenta na inconstitucionalidade das alterações promovidas na Lei Complementar nº 70/91 pela Lei nº 9.718/98, argumentando tratar-se de novel tributo, em claro desrespeito aos preceitos do art. 195 da CF/88.

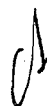
A DRJ Curitiba/PR, por seu turno, fundada em raciocínio semelhante àquele desenvolvido pela unidade preparadora, manteve o indeferimento do pedido, em acórdão assim redigido:

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2004

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."

Insatisfeito com o julgamento de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário repetindo os argumentos atinentes ao *modus operandi* adotado em seu pedido de restituição e à inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98. No que concerne à prescrição, ratifica seu entendimento que a extinção do crédito tributário, como marco inicial do prazo quinquenal, se dá com a homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre ao cabo do prazo de cinco anos contados do fato gerador, devendo, portanto, computar-se no caso dos autos o prazo de 10 (dez) anos do fato jurídico tributável, não cabendo a aplicação das disposições da LC 118/2005, incidente apenas aos fatos posteriores ao seu ingresso no sistema jurídico pátrio. No mérito, insistiu na inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, seja no que concerne à elevação de alíquota, seja pela ampliação da base de cálculo da Cofins.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Das matérias aviadas como preliminares, examino em primeiro lugar se a forma do pedido de restituição está ou não em descompasso com as orientações normativas estabelecidas pela RFB para sua operacionalização.

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 subsumia 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.

A meu sentir, o fundamento do pleito de repetição de qualquer indébito é questão de mérito, passível de análise no momento de prolação do despacho decisório acerca de sua procedência e não no momento de sua recepção, seja ela protocolar ou eletrônica.

Demais disso, ainda que houvesse tal entrave quando da transmissão do programa pertinente, deveria o recorrente juntar a documentação comprobatória do impedimento ou falha no sistema, p.e., os extratos ou telas do programa gerador com as mensagens de erros identificadas, como prevê o art. 76 da IN SRF 460/2004, supra transcrito.

Como já apontado no despacho decisório e corroborado na decisão de primeira instância, a possibilidade de transmissão do PERDCOMP se encontra, em tese, prevista no art. 2º, IV, “c”, que possui a seguinte redação:

Art. 2º O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado 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 gerado a partir do Programa PER/DCOMP 1.3, 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 como 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;

(...)"

Desta forma, tendo o recorrente se baseado em suposições atinentes à impossibilidade de transmissão eletrônica, sem respaldo em elementos concretos, tenho como escoreta a exegese firmada pelo despacho decisório e a decisão recorrida, concluindo que o contribuinte descumpriu as orientações estabelecidas pela Administração Tributária para a formalização de pedidos de restituição.

Na seqüência, quanto à defendida inoccorrência da decadência/prescrição do direito de vindicar o pretense crédito, entendo não assistir razão ao recorrente quando sustenta dispor de um prazo decenal para exercício de seu direito à repetição do indébito.

Com efeito, não obstante a tese apresentada contar com a simpatia e adoção pelo Superior Tribunal de Justiça, é irretorquível que sua aplicação, ao menos em sede administrativa, encontra empeco 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 pelo recorrente, implicando no influxo dos arts. 165, I e 168 do Código Tributário Nacional para definição do *dies a quo* do interstício decadência/prescricional.

Noutra senda, diversamente do que prega o contribuinte, a norma veiculada na LC 118/2005 não possui somente efeitos prospectivos, mas também retrospectivos, atingindo os fatos jurídicos tributários pretéritos, tendo em conta a sua expressa natureza interpretativa, não influenciando aqui a leitura realizada pelo STJ quanto à interpretação emprestada ao dispositivo.

Outrossim, ainda que possível transpor os apontados óbices, melhor sorte não albergaria o pleito principal, eis que fundado exclusivamente na majoração de alíquota, de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento), conforme se extrai do demonstrativo de fls. 06/07, nele não havendo qualquer espécie de receita diversa de faturamento a compor a base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins.

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 reproduzo:

**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) e, agora, com impedimento expresso no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, in verbis:

“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)”.




Destaco que esta observação se faz em *obter dictum*, isto é, uma referência passageira, sem qualquer conotação decisória.

Portanto, sob que ângulo se vislumbre, não há possibilidade de acolher o pedido veiculado neste processo, razão porque voto no sentido de negar provimento ao apelo.



Robson José Bayerl

cd