



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

Processo nº 13054.000423/2006-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.091 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2013
Matéria COFINS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Recorrente GERSUL - EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. INDÉBITOS DISCUTIDOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. APRESENTAÇÃO EM FORMULÁRIO-PAPEL.

Somente prevendo o formulário eletrônico a modalidade de ação de repetição de indébito para os créditos reconhecidos em ação judicial, admissível é a apresentação de pedido em formulário-papel no caso de a ação ser o mandado de segurança.

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. HABILITAÇÃO PRÉVIA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não tendo a autoridade de origem oposto ao direito de apresentar pedido de restituição a formulação prévia de habilitação dos créditos reconhecidos por ação judicial, descabe às autoridades julgadores impor-lhe tal restrição como novo óbice, sob pena de inovação do litígio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

COFINS. RECONHECIMENTO DO INDÉBITO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE.

Considera-se reconhecido o indébito em sede de mandado de segurança quando o contribuinte tenha requerido a sua compensação e os indébitos estejam, claramente, dentre os períodos de apuração abrangidos pela ação.

COMPENSAÇÃO. DIREITO DE CRÉDITO. AÇÃO JUDICIAL. PRAZO.

Tendo sido apresentada ação judicial que abrangia os créditos em litígio, não há que se falar em prescrição quando o pedido administrativo de restituição tenha sido apresentado dentro do prazo de cinco anos do trânsito em julgado da ação.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 1380 a 1461) apresentado em 26 de dezembro de 2011 contra o Acórdão nº 10-34.830, de 11 de outubro de 2011, da 2ª Turma da DRJ/POA (fls. 1369 a 1374), cientificado em 20 de dezembro de 2011, que, relativamente a pedido de restituição de Cofins dos períodos de fevereiro de 1999 a janeiro de 2004, considerou a manifestação de inconformidade improcedente, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/01/2004

Considera-se não formulado o pedido de restituição/compensação que não atenda aos requisitos da legislação vigente.

Prazo Prescricional - -em caso de litígio judicial envolvendo restituição/compensação, conta-se o prazo (prescricional) de cinco anos do trânsito em julgado para interposição do pedido administrativo.

ASSUNTO CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2000 a 30/09/2002

Considera-se não formulado o pedido de restituição/compensação que não atenda aos requisitos da legislação vigente.

Prazo Prescricional - em caso de litígio judicial envolvendo restituição/compensação, conta-se o prazo (prescricional) de cinco anos do trânsito em julgado para interposição do pedido administrativo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

A declaração de compensação foi transmitida em 23 de junho de 2006 e inicialmente apreciado pelo despacho decisório de fl. 1337, com base no parecer de fls. 1327 a 1336.

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

Trata o presente processo do Pedido de Restituição em Formulário Papel (fl. 01)

entregue em 23 de junho de 2006, através do qual a interessada pleiteia a restituição de créditos de Cofins (R\$ 1.444.264,69) e de Pis (R\$ 101.578,84), explicando como Motivo do Pedido tratar-se de crédito decorrente de Mandado de Segurança impetrado em 08/04/1999 visando o reconhecimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei nº 9.718, de 1998, e cuja sentença transitada em julgado resultou que os recolhimentos foram efetivados a maior que o devido das duas contribuições, que seriam passíveis de restituição nos termos do artigo 165, I, do Código Tributário Nacional, e art. 2º, I, da Instrução Normativa SRF nº 600, de 2005. Considera que os créditos, por serem oriundos de decisão em mandado de segurança, não teriam sua restituição prevista entre as hipóteses em que cabe a apresentação do pedido através da utilização de PER/DCOMP. Seu raciocínio é que a IN SRF nº 600 não contempla a ação mandamental, referindo-se apenas à ação de repetição de indébito, conforme seus artigos 50, § 2º, e 51, § 2º, inciso "V". Também argumenta que a utilização de PER/DCOMP inviabilizaria o aproveitamento de créditos decorrentes de pagamentos efetuados há mais de 5 anos, conforme explicitado no artigo 26, § 10, da mesma Instrução Normativa.

Junto com o Pedido de Restituição apresentou documentos a fls. 02/510 consistindo, dentre outros, de peças da ação judicial impetrada por diversas empresas inclusive a interessada, em 08/04/1999 - Mandado de Segurança com Pedido de Liminar. Também foram juntadas cópias da inicial, Sentença, Acórdão do TRF ao julgar a Apelação das autoras, admissão parcial dos Embargos de Declaração das autoras e Decisão do Supremo Tribunal Federal naquele processo, cujo trânsito em julgado ocorreu em 10/02/2006. Juntou também a Planilha de Cálculo em que declara as receitas sobre as efetivou recolhimentos, sobre os quais aplica a alíquota das contribuições, resultando que o valor pago ou extinto por compensação, corrigido, constituiria o seu crédito. Apresenta cópias de DARF's relativos aos pagamentos de PIS e de Cofins e das Declarações de

Compensação (formulário papel ou eletrônico) dos valores daquelas contribuições através das quais pleiteou a extinção por compensação.

Também junta cópias das Declarações de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e dos Balanços Patrimoniais, buscando comprovar a liquidez e certeza do direito creditório.

A DRF em Novo Hamburgo analisou o pedido de Restituição através do Despacho Decisório DRF/NHO nº 346, de 27 de outubro de 2006 (fls. 513/523), bem como o teor do pedido judicial formulado e a sentença transitada em julgado, assim como a legislação que norteia os procedimentos de restituição, ressarcimento e compensação. Com base nestes elementos, considerou, preliminarmente, não formulado o pedido de restituição já que a contribuinte não se utilizou do formulário adequado (PER/DCOMP eletrônica, de acordo com os termos dos artigos 31 da IN SRF nº 600, de 2005), e no mérito, indeferiu o pedido de restituição, não homologando as compensações, pela ocorrência da decadência relativamente aos pagamentos anteriores a 23/06/2001, com base nos termos do Código Tributário Nacional e da Lei Complementar nº 108, de 2005. Aquele Despacho determinou ainda, na Ordem de Intimação, que a interessada teria direito a apresentar manifestação de inconformidade dirigida a esta DRJ, relativamente ao mérito, esclarecendo que o mérito seria o indeferimento do pedido de restituição e a não homologação da compensação.

Cientificada do Despacho Decisório em 07/12/2006 (AR fls. 527), contribuinte apresentou tempestivamente (em 04/01/2007) sua manifestação de inconformidade (fls.

528/548) dentro do prazo fixado para tal na Ordem de Intimação, com o fim de reverter o decidido pela DRF em Novo Hamburgo. Argumenta que o direito creditório nasceu da sentença no Mandado de Segurança que questionou a constitucionalidade da Lei nº 9.718, de 1998, sendo relativo aos pagamentos de PIS/PASEP e Cofins efetivados a maior que o devido entre fevereiro de 1999 a janeiro de 2004. Entendeu que não seria viável a aplicação do artigo 51 da Instrução Normativa SRF nº 600, de 2005, mas do artigo 26, § 5º, da mesma IN, pleiteando, como consequência, a restituição em formulário papel — Pedido de Restituição, e não via PER-DCOMP eletrônica.

Analisa que a Decisão dividiu-se em duas partes, sendo a primeira que considerou não formulado o pedido por ter sido apresentado em papel, e a segunda que não homologou as compensações e considerou decaído o direito à restituição para pagamentos anteriores a 23/06/2001. Afirma estar "parcialmente resignada com o teor dessa decisão administrativa, a manifestante habilitará os créditos posteriores a 23/06/2001, para ulterior declaração de compensação, através do PER/DCOMP, segundo disposições da IN SRF nº 600/2005.

Contudo, jamais poderia se conformar com a pretendida decadência de seu direito à restituição ou compensação do PIS e Cofins que recolheu a maior aos cofres fazendários, por haver

pago essas contribuições, durante a tramitação de seu mandado de segurança, de acordo com o que determinava a Lei nº 9.718/98". No entanto, em relação à não homologação da compensação e à decadência que teria ocorrido, apresenta seus questionamentos.

Relata que postulou na ação mandamental impetrada em 08.04.1999 o reconhecimento do direito à compensação com créditos originados dos recolhimentos a maior em função das alterações introduzidas pela Lei nº 9.718, de 1998, sendo reconhecida em sentença transitada em julgado em 10.02.2006 a inconstitucionalidade da norma no tocante à ampliação da base de cálculo das contribuições.

Discorda da Decisão da DRF Novo Hamburgo no tocante à decadência, considerando tratar-se de prazo prescricional, e comentando as conseqüências da ação judicial na contagem do prazo para o exercício do seu direito. Assegura que a contagem somente começa a fluir a partir da data do trânsito em julgado, estando assegurados os direitos em relação aos recolhimentos efetivados no decorrer da ação.

No processo 10680.008529/2006-17, foi indeferida a habilitação de créditos reconhecidos por sentença judicial, que foi protocolado pela Interessada em 14 de agosto de 2006.

Segundo o despacho, as razões da não habilitação seriam:

- *O pedido do Requerente está bem claro e limita-se ao reconhecimento do direito de não recolher a COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/98;*
- *Não há, na peça inicial ou em qualquer outro momento processual, pedido de compensação ou de reconhecimento de crédito proveniente de eventual recolhimento indevido;*
- *A decisão judicial proferida pelo STF decidiu pela inconstitucionalidade somente do alargamento da base de cálculo da COFINS, porque declarada pelo Supremo Tribunal a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/1998;*
- *No Despacho anexado à fl. 105 do presente processo, o Juiz Substituto da Sexta Vara proferiu a seguinte decisão: "Indefiro o pedido de homologação da renúncia à execução, conforme requerido pela impetrante, tendo em vista que a presente ação é meramente declaratória (...), não havendo, portanto, nada a executar nestes autos, até porque mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança". (grifei)*

No recurso, a Interessada alegou não haver possibilidade, à época própria, de apresentar declaração de compensação eletrônica, uma vez que o programa gerador de declaração (PGD) só previa a ação de repetição de indébito e não o mandado de segurança.

Ademais, o PGD não gerava declarações relativas a recolhimentos efetuados há mais de cinco anos.

Tais foram os motivos para a apresentação de declaração em formulário-papel.

A seguir, tratou do despacho decisório e do acórdão de primeira instância.

No mérito, lembrou a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins e afirmou ter exercido seu direito por meio do pedido de restituição e do pedido de habilitação de crédito.

Alegou, ainda, que instrução normativa não poderia criar condição não prevista em lei (prévia habilitação de créditos) para a apresentação do pedido.

Citou ementas de acórdãos do Carf sobre a apresentação de pedido em papel e concluiu pela necessidade do provimento de seu recurso.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Inicialmente, esclareça-se que a Delegacia de origem considerou não formulado o pedido de restituição, pelo fato de não ter sido efetuado por meio de PER, e, no mérito, considerou inexistir o direito de crédito.

A DRJ, por sua vez, além de considerar que o pedido não poderia ter sido efetuado em papel, também constatou que o pedido de habilitação do crédito foi posterior ao do pedido de restituição, concluindo o seguinte:

Ressalte-se assim que o procedimento a ser adotado por parte da interessada deveria ser a apresentação do pedido de habilitação prévia de créditos, nos termos da Instrução Normativa SRF 517/2005), respeitando o prazo de 5 anos a partir do trânsito em julgado da sentença judicial, na forma preconizada pelo então vigente artigo 51 da Instrução Normativa SRF nº 600, de 2005.

O fundamento da DRF teria como consequência – da consideração de não ter sido efetuado pedido válido – a inexistência de direito ao processo administrativo do Decreto n. 70.235, de 1972.

Nessa hipótese, seria cabível o processo previsto na Lei n. 9.784, de 1999.

A DRJ, entretanto, tomou conhecimento da manifestação de inconformidade e considerou que o pedido deveria ter sido efetuado por meio eletrônico e após prévia habilitação dos créditos.

Nesse contexto, dois óbices que normalmente seriam impostos ao seguimento da manifestação de inconformidade acabaram ficando superados.

Isso por que a inexistência de habilitação prévia não foi oposta ao direito da Interessada originalmente, incorrendo a DRJ em inovação, razão pela qual deve ser afastada essa exigência.

Além disso, a Lei n. 9.430, de 1996, art. 74, não condiciona a apresentação de pedido de restituição à prévia habilitação de créditos.

A instituição de tal providência, em si só, não representa ilegalidade, uma vez que se trata de medida de controle necessária ao Fisco para analisar o mérito das dos pedidos de restituição e declarações de compensação que serão apresentados pelo contribuinte.

Entretanto, o condicionamento a que o contribuinte espere até que a autoridade fiscal julgue a habilitação e a defira representa restrição temporal de direito não prevista em lei e, portanto, não pode ser reconhecida como legítima.

Na realidade, nem mesmo o indeferimento da habilitação poderia impedir o contribuinte de apresentar as declarações de compensação, embora permita que a autoridade fiscal as indefira sumariamente, mas com direito ao processo administrativo, nos termos do já citado artigo.

Se existe o direito de apresentar manifestação de inconformidade, dele decorre o direito de discutir o mérito do pedido e, portanto, a liquidez e certeza do crédito, independentemente do deferimento da habilitação prévia. Do contrário, concluir-se-ia que a instrução normativa teria criado uma limitação ao direito de contraditório previsto constitucionalmente.

Ademais, a não apresentação de pedido eletrônico não foi obstáculo ao seguimento da manifestação de inconformidade, da qual a DRJ tomou conhecimento, gerando, por conseguinte, o direito a recurso.

Ainda assim, é preciso analisar se seria exigível a apresentação do PER.

As alegações da Interessada são consistentes, uma vez que, em se tratando de pedido de restituição, o PGD que gera o pedido somente previa, conforme demonstrado, a ação de repetição de indébito.

Como o contribuinte entendia que seu direito havia sido reconhecido por acórdão em mandado de segurança, não havia tal opção para geração do PER.

Note-se que a lei trata rigorosamente, com imposição de multa, a prestação de informação falsa. Portanto, deve ser reconhecido que a Interessada tem razão em relação a essa alegação, pois, de fato, para preservar as verdades dos fatos, teria que apresentar o pedido em formulário.

Se se tratasse de mandado de segurança que somente tivesse tratado do não recolhimento dos débitos futuros, caberia razão ao despacho que não habilitou os créditos em discussão, pois o *caput* do art. 74 e o art. 51 da Instrução Normativa referem-se a “créditos reconhecidos” por ação judicial.

Mas o mandado de segurança com pedido de autorização para compensação (com ou sem liminar) tinha efeitos sobre os indébitos recolhidos anteriormente à propositura da ação. O reconhecimento da existência de indébitos é pressuposto para autorização da compensação.

Como a segurança foi denegada, a liminar não foi concedida e o recurso de apelação também restou não provido, a Interessada somente obteve tal reconhecimento com o acórdão do Supremo Tribunal Federal, quando já não vigiam mais as disposições, para tributos e contribuições administrados pela RFB, do art. 66 da Lei n. 8.383, de 1991.

Não admitir a possibilidade de restituição dos referidos valores, portanto, equivaleria a considerar que o acórdão transitado em julgado simplesmente não teria tido efeito algum sobre os indébitos, apesar de os reconhecer para efeito de compensação.

O pedido constante da inicial foi o seguinte (fl. 66 do processo original):

Requerem o recebimento e processamento do presente mandado de segurança, com concessão da liminar (nos termos do supra explicitado e postulado) e determinação de notificação à autoridade impetrada. Ao final, colhidas ou não as informações da autoridade coatora e ouvido o douto Ministério Público, pedem digne-se Vossa Excelência de conceder a segurança pleiteada para eximir, definitivamente, as impetrantes do pagamento das majorações das bases de cálculo do PIS e da COFINS e da alíquota dessa mesma COFINS, introduzidas pela Lei Ordinária nº 9.718/98, como já demonstrado, reconhecendo a inexistência de relação jurídica válida autorizadora das incidências pretendidas por essa mesma Lei Ordinária nº 9.718/98, mantida a sistemática anterior até eventual e superveniente nova legislação válida, reconhecendo e autorizando, ainda, o direito de compensar os montantes adicionais assim indevidamente recolhidos (os acréscimos advindos de tais novos ditames da Lei nº 9.718/98) com contribuições vincendas, respectivamente, desses mesmos PIS e COFINS (compensação o cuja exatidão ficará sujeita à Fiscalização da exigibilidade das majorações das bases de cálculo do PIS e da COFINS, assim como da alíquota dessa última (COFINS), introduzidas pela Lei Ordinária nº 9.718/98, permitindo às impetrantes persistir recolhendo-as na forma anterior à dita lei ordinária, coibindo sanções de qualquer espécie, ressaltando-se à autoridade impetrada o direito de persistir exigindo ditas exações na modalidade anteriormente disciplinada.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu parcialmente o direito, nos seguintes termos (fls. 87 e 88):

No que toca à compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 12 do art. 8º da Lei n. 9.718/98, esta Corte, no julgamento do RE nº 336.134 (Pleno, Rei. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 16.05.2003), reputou-a constitucional, ao afastar alegada ofensa ao princípio da isonomia.

3. Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para, concedendo, em parte, a ordem, excluir, da base de incidência do PIS e da COFINS, receita estranha ao faturamento da recorrente, entendido esse nos termos já suso enunciados. Custas em proporção.

O alegado direito de crédito somente poderia ser exercido após o trânsito em julgado, por meio de PER ou de DCOMP.

Note-se, além disso, que, na demonstração dos indébitos, a Interessada relacionou na fl. 18 somente períodos de apuração a partir de janeiro de 2000. Portanto, os valores que são objeto do presente pedido são posteriores à impetração do mandado de segurança e estão por ele necessariamente abrangidos.

No presente caso, o pedido de restituição foi apresentado em 23 de junho de 2006.

A DRJ enfatizou que o mandado de segurança transitou em julgado em 10 de fevereiro de 2006 (fl. 512), ao declarar prescritos os indébitos anterior a 23 de junho de 2001.

Entretanto, não faz sentido essa interpretação, uma vez que o prazo prescricional interrompe-se na data da apresentação da ação e reinicia-se na data do trânsito em julgado (arts. 202 e 204 do Código Civil).

O prazo estabelecido pelo art. 150, § 4º, do CTN foi alterado pela Lei Complementar n. 118, de 2005.

No Recurso Extraordinário no 566.621, apresentado pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria. O recurso foi julgado em 04 de agosto de 2011, estabelecendo que a disposição do art. 3º da referida LC somente se aplicaria a partir da sua vigência, que ocorreu 120 dias após a publicação, que ocorreu em 10 de fevereiro de 2005. Somente aos pedidos apresentados após a vigência é que se aplicaria o novo prazo.

Portanto, como o mandado de segurança foi apresentado em 1999, o prazo de prescrição original retroagiria a 10 anos da impetração e, assim, ficaria interrompido em relação a todo o período até o trânsito em julgado. A partir daí, começaria a correr, em relação a todos os indébitos não abrangidos originalmente pela prescrição.

Por esse raciocínio, somente para argumentar, estariam prescritos os indébitos recolhidos anteriormente a 1989. Não há, assim, que se falar em prescrição.

Entretanto, resta apurar o montante do indébito, o que ainda deve ser efetuado pela Delegacia de origem.

À vista do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para afastar os impedimentos a que o pedido seja considerado validamente formulado e para afastar a prescrição, devendo a Delegacia de origem apurar o montante devido e efetuar a restituição.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco

CÓPIA