



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

Processo nº 13603.001723/2008-44
Recurso nº 872.959 Voluntário
Acórdão nº 3101-000954 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11/11/2011
Matéria COFINS - RESSARCIMENTO
Recorrente DADA SUPERMERCADO LTDA.
Recorrida DRJ/JUIZ DE FORA-MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 15/01/2003 a 20/09/2007

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRAZO DE 5 ANOS PARA PEDIDOS FORMULADOS APÓS 09/06/2005

O prazo para repetição de indébito é de 5 (cinco) anos para os pedidos formulados após a *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005, 09 de junho de 2005, conforme posicionamento do plenário do STF no julgamento do RE nº 566621, em sede de repercussão geral.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO. VIA FÍSICA.

É cabível pedido de restituição formulado via papel para restituição dos valores recolhidos a maior pelo alargamento da base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98, declarada inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

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, para afastar o óbice para aproveitamento do crédito exclusivamente porque não retificada a DCTF, e determinou-se o retorno dos autos ao órgão judicante *a quo* para apreciar as demais questões de mérito.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente

Luiz Roberto Domingo - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Valdete Aparecida Marinheiro, Corinθο Oliveira Machado, Leonardo Mussi da Silva (Suplente), Luiz Roberto Domingo (Relator) e Henrique Pinheiro Torres (Presidente).

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição formulado pela Recorrente via papel para restituição de créditos de COFINS referente aos períodos de 15/01/2003 a 20/09/2007, decorrentes de receitas apuradas indevidamente com base na Lei nº 9.718/1998, o qual foi indeferido pela Receita Federal do Brasil.

Inconformada, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade, julgada improcedente pela DRJ, cuja ementa foi transcrita nos seguintes termos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 •

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE CRÉDITOS VINCULADOS. IMPROPRIEDADE DA UTILIZAÇÃO DO FORMULÁRIO EM PAPEL

Ocorrida a decadência, mesmo que em parte, constatada ainda a existência de pagamento indevido/a maior ante o cotejo dos valores pagos e os declarados em DCTFs, não há que se deferir o pedido de restituição, vez que não restou provada pela contribuinte a impossibilidade de fazê-lo via programa Per/Dcomp, mas, sim, a impropriedade de se utilizar formulário em papel.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Contra a referida decisão, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário alegando, em síntese, que: i) possibilidade de utilização do Pedido de Restituição via papel; ii) o prazo decenal para repetição do indébito tributário; e, iii) direito à atualização dos valores restituídos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Conheço do Recurso Voluntário por tempestivo e atender aos demais requisitos de admissibilidade.

Antes de adentrar no mérito da questão, é imprescindível analisar-se o prazo para repetição do indébito tributário, previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

O mencionado artigo 165 do CTN prescreve:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação 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.

Da leitura dos dispositivos citados acima, verifica-se que no presente caso o Recorrente pleiteia sua restituição com base no inciso I do artigo 168 do CTN, cujo prazo para repetição é de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Visando definir o termo *a quo* do prazo para repetição do indébito, já que a jurisprudência considerava a extinção no momento do transcurso do prazo 5 (cinco) anos para homologação do Fisco – tese dos 10 (dez) anos contados do fato gerador -, foi editado o artigo 3º da Lei complementar nº 118/2005:

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.

Quanto à aplicabilidade do artigo 3º, o artigo 4º da mesma Lei Complementar definiu a norma como interpretativa, atribuindo-lhe sentido retroativo, nos termos do artigo 106, I do CTN:

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.

Diante do questionamento sobre o caráter interpretativo do artigo 3º da LC nº 118/2005, já que inovou no ordenamento jurídico ao prescrever um novo prazo para repetição do indébito, a questão foi levada ao judiciário que, recentemente, foi definida pelo Supremo Tribunal Federal em julgado realizado em sede de Repercussão Geral (art. 543-B, §3º do CPC), nos seguintes termos:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a

aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.

(RE 566621, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJe-195 DIVULGAÇÃO 10/10/2011 PUBLICAÇÃO 11/10/2011 EMENTA VOL-02605-02 PP-00273)

Nestes termos, restou pacificado o entendimento no sentido de que, o prazo de 10 (dez) anos para repetição do indébito aplica-se somente aos pedidos formulados antes do término da *vacatio legis* da LC nº 118/2005, ou seja, somente até 09 de junho de 2005.

Quanto ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o regimento interno do CARF determina que decisões proferidas em sede de Repercussão Geral deverão ser seguidas pelo órgão administrativo recursal¹.

Assim, definido que o prazo para repetição do indébito é de 5 (cinco) anos do pagamento indevido para os pedidos formulados após 09/06/2005, e que a Recorrente pleiteou seu Pedido de Restituição em 17/04/2008, transcorreu o prazo para restituição dos créditos de COFINS anteriores a 16/04/2003, ou seja, o primeiro trimestre de 2003.

Com relação ao mérito, o direito creditório da Recorrente foi indeferido pela DRJ por supostamente ser indevido o requerimento via papel – meio físico –, devendo ser pelo sistema eletrônico PER/DCOMP, bem como que em sua DCTF não há divergência entre os valores declarados e os recolhidos que demonstre direito ao crédito decorrente de pagamento indevido.

Quanto à necessidade do Pedido de Restituição ser pela via eletrônica do PER/DCOMP para créditos de COFINS, o §2º do artigo 3º da IN SRF nº 900/2008 prevê as duas possibilidades:

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 sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF).

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.

§ 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. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

§ 1º A restituição de que trata o inciso I do caput será requerida pelo sujeito passivo mediante utilização do programa Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP).

§ 2º Na impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, o requerimento será formalizado por meio do formulário Pedido de Restituição, constante do Anexo I, ou mediante o formulário Pedido de Restituição de Valores Indevidos Relativos a Contribuição Previdenciária, constante do Anexo II, conforme o caso, aos quais deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório.

Os §§ 2º e 3º do artigo 98 da referida IN, prescrevem as hipóteses de impossibilidade de utilização do sistema PER/DCOMP:

Art. 98. Ficam aprovados os formulários:

[...]

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

§ 3º A RFB caracterizará como impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, para fins do disposto nos § 2º deste artigo, no § 2º do art. 3º, no § 6º do art. 21, no caput do art. 28 e no § 1º do art. 34, a ausência de previsão da hipótese de restituição, de ressarcimento, de reembolso 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 RFB no momento da entrega do formulário, sob pena do enquadramento do documento por ele apresentado no disposto no § 1º do art. 39.

§ 5º Não será considerada impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, a restrição nele incorporada em cumprimento ao disposto na legislação tributária.

Da combinação dos dispositivos mencionados, conclui-se que o Pedido de Restituição poderá ser feita por meio de formulário (via física), quando o Contribuinte estiver impossibilitado de solicitar pelo sistema PER/DCOMP devido à ausência de previsão da hipótese de restituição, ou na existência de falha do programa PER/DCOMP.

A Recorrente em seu Pedido de Restituição solicitou a restituição de COFINS em razão do alargamento da base de cálculo da Lei nº 9.718/98. E, em cumprimento ao §4º do art. 98 da IN SRF nº 900/2008, justificou como motivo para utilizar o formulário em papel, a apuração de “determinados valores de créditos compensáveis com outros tributos

administrados pela SRF, decorrente de COFINS OUTRAS RECEITAS, Lei número 9.718/1998, com pagamento indevido ou a maior. Ocorre que, no formulário virtual não há campo que aceite o crédito levantado pela ora peticionária”.

Como se verifica, o requisito formal foi devidamente cumprido pela Recorrente ao justificar a utilização do formulário. Quanto à justificativa, a Recorrente realmente não poderia utilizar o sistema PER/DCOMP, uma vez que o programa não permite a restituição de crédito sob fundamento de inconstitucionalidade de lei, salvo quando a lei tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou por sentença transitada em julgado, tenha sido suspensa pelo Senado Federal, ou seja objeto de Súmula Vinculante.

No presente caso, o alargamento da base de cálculo da COFINS foi declarado inconstitucional em julgamento proferido pelo plenário do STF nos autos do RE nº 346.084/PR, e, posteriormente, reconhecida a Repercussão Geral da inconstitucionalidade no julgamento do RE nº 585.235, conforme ementa abaixo:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

(RE 585235 QO-RG, Relator: Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULGAÇÃO 27/11/2008 PUBLICAÇÃO 28/11/2008 EMENTA VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871)

Assim, assiste razão a Recorrente ao pleitear a restituição dos créditos de COFINS decorrentes do alargamento da base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/1998 pela via física, tendo em vista que o sistema PER/DCOMP não comporta pedidos de restituição sob fundamento de inconstitucionalidade declarada em sede de Repercussão Geral pelo E. STF.

Ademais, pelas planilhas juntadas aos autos (fls. 47 a 102), a Recorrente pleiteia a restituição do valores recolhidos a título de COFINS incidente sobre receitas decorrentes de vendas de bens do ativo permanente e de variação monetária ativa, ambas declaradas inconstitucionais. A Recorrente não pode ser penalizada com o indeferimento do seu direito creditório simplesmente porque não retificou sua DCTF. Seria uma incongruência do sistema aplicar uma norma declarada inconstitucional pelo órgão Supremo por um mero descumprimento de dever instrumental.

E é plenamente justificável a manutenção dos valores em DCTF pela Recorrente, tendo em vista que, no momento em que efetuou a entrega de sua declaração – DCTF, apurou o tributo com base em lei válida, vigente e eficaz (Lei nº 9.718/98). Somente anos após a entrega da DCFT é que a lei foi declarada inconstitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Processo nº 13603.001723/2008-44
Acórdão n.º **3101-000954**

S3-C1T1
Fl. 204

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reconhecer o direito creditório de COFINS, ressalvado o primeiro trimestre de 2003, determinando o retorno dos autos ao órgão julgante *a quo* para apreciar as demais questões de mérito.

Luiz Roberto Domingo