



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

Processo nº 13907.000094/2005-78
Recurso nº 267.691 Voluntário
Acórdão nº 3202-001.037 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de novembro de 2013
Matéria RESTITUIÇÃO - COFINS
Recorrente ARAPONGAS DIESEL S/A
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/01/1998, 01/02/1999 a 31/12/2000

COFINS BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718, DE 1998, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo da COFINS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Não seria admitido o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, haja vista que o referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

O que, portanto, não poderão integrar a base de cálculo da contribuição as receitas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, “b”, na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. INSTRUMENTO DE PEDIDO

Não se perfaz contrário a formalização do pedido de restituição mediante formulário com entrega deste e protocolizado diretamente no ente competente, considerando se tratar de mero instrumento de formalização do pedido. O que, no caso vertente, deve-se considerar tal pedido, independentemente de não ter sido formalizado via PERDCOMP ou mesmo não ter sido apresentado justificativa quanto à impossibilidade de fazê-lo via

sistema eletrônico, pois foi assim recebido e protocolizado pelo ente competente.

PRAZO DECADENCIAL. JULGAMENTO DE RECURSO COM CÁRATER DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDO PELO STF. CONTRADIÇÃO. VÍCIO SANADO.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 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, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, reconheceu a inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que determinou a aplicação retroativa de seu artigo 3º, o qual, ao interpretar o artigo 168, inciso I do CTN, ficou em cinco anos, contados desde o pagamento indevido, o prazo para se pleitear o indébito tributário, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos somente as ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Sendo assim, no caso vertente, considerando que o pedido de restituição foi feito antes de 9 de junho de 2005, deve-se aplicar o prazo da tese dos cinco mais cinco.

No entanto, não tendo como se discriminar as receitas que seriam base de cálculo do PIS e passíveis de restituição, em vista da inconstitucionalidade, não há como se acolher tal pedido, pois a comprovação dos r. créditos depende de apresentação de prova por parte do titular da pretensão.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membro do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Luís Eduardo Garrossino Barbieri e Charles Mayer de Castro Souza votaram pelas conclusões.

Assinado digitalmente

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira - Presidente.

Assinado digitalmente

Tatiana Midori Migiyama - Relatora.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Irene Souza da Trindade Torres Oliveira (Presidente), Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Gilberto de Castro Moreira Júnior, Charles Mayer de Castro Souza, Thiago Moura de Albuquerque Alves e Tatiana Midori Migiyama (Relatora).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da 5ª Turma da DRJ RJOII (fls. 166/174), a qual, por unanimidade de votos, indeferir a solicitação do contribuinte, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado, no sentido de:

a) Considerar não formulado o pedido de restituição em relação aos recolhimentos efetuados após 08/06/2000, e, por conseguinte, não conhecer da manifestação de inconformidade em relação a tais recolhimentos;

b) Conhecer da manifestação de inconformidade apresentada em relação aos recolhimentos efetuados antes de 08/06/2000, e, na parte conhecida, indeferir o Pedido de Restituição.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório objeto da decisão recorrida, a seguir transcrito em sua integralidade:

“Trata o processo de pedido de restituição de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), fl. 01, protocolizado em 08/06/2005, em relação aos pagamentos efetuados em fevereiro de 1998 e entre março de 1999 a fevereiro de 2002.

Conforme planilha de fl. 2. O valor total do referido pedido importa em R\$ 77.480,20.

A DRF/LONDRINA/PR exarou o Despacho Decisório de fl. 124, com base no Parecer SAORT/DRF/LON nº 85/2005 (fls. 118 a 123) decidindo considerar não formulado o pedido de restituição em relação aos pagamentos efetuados a partir de 09/06/2000, uma vez que o mesmo deveria ser efetuado através do Pedido Eletrônico de Restituição, gerado a partir do programa PER/DCOMP e indeferir o pedido em relação aos recolhimentos efetuados até 08/06/2000, sob o fundamento de que na data do protocolo do pedido, já havia transcorrido o prazo de cinco anos a que a interessada teria direito a pleitear a restituição, além de que, no mérito, as alegações da interessada referentes à constitucionalidade da Lei nº 9.718/98 não podem ser objeto de discussão na esfera administrativa.

A interessada tomou ciência da decisão em 01/09/2005 (fl. 126) e, inconformada, apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 129 a 143, cujo teor é sintetizado a seguir:

a) Com relação ao indeferimento do pedido sob o argumento de que o mesmo foi feito em desacordo com a legislação, a IN SRF 460/2004 dispõe que os pedidos de restituição podem ser realizados de duas formas: mediante pedido eletrônico ou pedido em formulário;

b) Ocorre que para os pagamentos realizados a partir de 09/06/2000 não existe possibilidade de utilização do PER/DCOMP pois os mesmos entendem-se recolhidos a maior com base em questão constitucional não prevista pelo gerador PER/DCOMP;

c) Quanto à documentação comprobatória do faturamento, não assiste razão ao Despacho, pois a SRF já possui essas provas. Ainda assim, anexa à manifestação, cópia das DIRPJ onde a requerente declarou seu faturamento;

d) *As receitas que a requerente entende não integrarem a base de cálculo da COFINS são todas aquelas que não fazem parte do faturamento, conforme comprovado nas cópias das DIPJ anexadas;*

e) *Quanto à alegada prescrição, equivoca-se a autoridade julgadora pois confunde a data da extinção com a data do lançamento realizado pela requerente. A data da extinção do crédito tributário é determinada pelo artigo 150 do CTN;*

f) *Os valores objeto do pedido de restituição referentes aos períodos de apuração 02/1998 a 06/2000 são passíveis de restituição pois não foram atingidos pela prescrição;*

g) *Esta matéria já está pacificada nos tribunais pátrios;*

h) *O Ato Declaratório 96/99 é contrário ao entendimento jurisprudencial, inclusive do Conselho de Contribuintes;*

i) *A Lei 9.718/98 não poderia ter modificado a alíquota da COFINS, porque tal mudança somente poderia ter sido efetuada através de lei complementar, sob pena de ferir o princípio de hierarquia das normas estabelecida na CF;*

ij) *Também deve ser observado o princípio da segurança jurídica, no sentido de não se admitir o desrespeito à reserva constitucional de matérias atribuídas à competência do legislador complementar;*

k) *É ilegal e inconstitucional a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3% trazida pela Lei 9.718/98;*

l) *A Lei 9.718/98, ao autorizar a compensação do montante majorado, correspondente a um terço do valor recolhido, com a CSLL em cada período de apuração causa afronta ao princípio da equidade (art. 194, V da CF);*

m) *Os reflexos dessa sistemática ferem também os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária;*

n) *Fica demonstrado que a interpretação do Fisco está em desacordo com a legislação, e também, contrária ao entendimento da doutrina e da jurisprudência do próprio tribunal administrativo do Ministério da Fazenda;*

o) *Por fim, requer seja acolhida a manifestação de inconformidade para acolher integralmente o pedido de restituição formulado.*

Os argumentos aduzidos pelo sujeito passivo, no entanto, não foram acolhidos pela primeira instância de julgamento administrativo fiscal, nos termos do acórdão cuja ementa encontra-se abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/01/1998, 01/02/1999 a 31/12/2000

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

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

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO SISTEMA ELETRÔNICO. APRESENTAÇÃO APÓS-29.09.2003. INADMISSIBILIDADE

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

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO.

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

Cientificada da referida decisão em 20/10/2008, a interessada, em 19/11/2010, apresentou o recurso voluntário de fls. 180 - 199, onde se insurge contra o lançamento com fundamento nos mesmos argumentos já expostos na primeira instância recursal.

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Das Preliminares

Da admissibilidade

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte, considerando que a recorrente teve ciência da decisão de primeira instância em 20/10/2008, quando, então, iniciou-se a contagem do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do presente recurso voluntário - apresentando a recorrente recurso voluntário em 19/11/2010.

Da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98

Quanto a esta questão, tenho que tais questionamentos jurídicos abrangeram a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS objeto do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, tendo entendido o Poder Judiciário, por diversas vezes, que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional – EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “*não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*” (Ag.Reg. RE 546.327-3/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Nota-se que o Poder Judiciário entendeu que o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ao alargar o conceito de faturamento, criara exação nova, assunto o qual deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

O que, portanto, conclui que o alargamento da base de cálculo da contribuição, objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP nº 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, apreciado pelo pleno em 09/11/2005, decidiu no seguinte sentido (relator Ministro Marco Aurélio):

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/03/2014 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 23/03/2014 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 31/03/2014 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

A decisão teve a seguinte votação:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie Plenário, 09.11.2005.

Adiante, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235-1/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa do acórdão em tela - relatoria do Ministro Cezar Peluso:

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.

O que, por decorrência, a PGFN, por meio da Portaria PGFN nº 294, de março de 2010, dispensou os Procuradores da Fazenda Nacional de apresentar contestação e de interpor recursos, dentre outras hipóteses, em relação à discriminada no inciso V de seu artigo 1º.

Vale lembrar a ressalva contida no parágrafo único do mesmo dispositivo,

verbis:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/03/2014 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 23/03/2

014 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 31/03/2014 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TOR

RES

Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Parágrafo único - Os Procuradores da Fazenda Nacional deverão apresentar contestação e recursos sempre que, apesar de configurada a hipótese prevista no inciso V deste artigo, houver orientação expressa nesse sentido por parte da Coordenação-Geral de Representação Judicial da Fazenda Nacional - CRJ ou da Coordenação de Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal - CASTF.

O julgador administrativo está vinculado à legalidade estrita, por força do disposto no artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90, preceito o qual se repete no artigo 41, inciso IV, do Anexo II, do atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009.

O caput do artigo 62 do Anexo II do mesmo Regimento veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como na hipótese presente.

Sendo assim, quanto ao requerimento de ser considerado o afastamento do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, em vista de sua declarada inconstitucionalidade pelo STF (tal dispositivo, vale ressaltar, a título de informação, que o mesmo foi posteriormente revogado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009), tenho que, com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o STF entendeu que o a COFINS somente podem incidir sobre as receitas operacionais das empresas, ou seja, aquelas ligadas às suas atividades principais.

No entanto, para melhor evolução da conclusão passo a analisar o mérito.

Do Mérito

Do pedido de restituição em relação aos recolhimentos efetuados a partir de 09/06/2000

Do pedido de restituição aos pagamentos efetuados até 08/06/2000

Em análise do processo, temos que se trata de Pedido de Restituição do valor de R\$ 77.480,20 (valor já atualizado pela requerente), formulado em 08/06/2005, em relação a pagamentos da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) efetuados no período de 10/02/1998 a 28/02/2002, sob a alegação de inconstitucionalidade da exigência da COFINS sobre receitas financeiras e outras receitas operacionais, imposta pela Lei n.º 9.718/98.

Para melhor elucidar, descrevo as questões de ordem fática:

- a requerente apresentou planilha indicando a receita (financeira e outras operacionais) que, no seu entender, não deve compor a base de cálculo da contribuição. Sendo que sobre ela calculou a COFINS que julga ter recolhido indevidamente, pleiteando sua restituição em valores atualizados;

- a requerente solicitou a restituição de valores pagos no período de fevereiro de 1998 a fevereiro de 2002 a título de COFINS totalizando, com juros por ela calculados, R\$ 77.480,20;

- alega que tais pagamentos foram efetuados indevidamente, haja vista terem incidido sobre outras parcelas que, no seu entender, não integram o conceito constitucional de faturamento;

- constata-se pela planilha enviada pela requerente que o seu pedido tem por objeto os valores de COFINS referentes aos períodos de apuração janeiro/98 e fevereiro/99 a dezembro/2000;

- a DRJ, após análise da solicitação da empresa indeferiu o pedido, no sentido de:

-- considerar não formulado o pedido de restituição em relação aos recolhimentos efetuados após 08/06/2000, e, por conseguinte, não conhecer da manifestação de inconformidade em relação a tais recolhimentos;

-- conhecer da manifestação de inconformidade apresentada em relação aos recolhimentos efetuados antes de 08/06/2000, e, na parte conhecida, indeferir o Pedido de Restituição.

Em relação a questão concernente ao indeferimento do Pedido de Restituição quanto aos recolhimentos efetuados após 08/06/2000, para desenvolvimento do entendimento, importante transcrever parte das argumentações trazidas pela DRJ:

"Ao disciplinar a restituição e a compensação de quantias recolhidas ao Tesouro Nacional a título de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, a Instrução Normativa SRF 210, de 30 de setembro de 2002, aprovou os seguintes formulários, verbis:

"Art. 44. Ficam aprovados os formulários "Pedido de Restituição", "Pedido de Pagamento de Restituição", "Pedido de Ressarcimento de Créditos do IPI", "Pedido de Ressarcimento de IPI", "Pedido de Cancelamento de Declaração de Importação e Reconhecimento de Direito de Crédito" e "Declaração de Compensação" constantes, respectivamente, dos Anexos I, II, III, IV, V e VI desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. A SRF disponibilizará, no endereço <www.receita.fazenda.gov.br>, os formulários a que se refere o caput "

Posteriormente, em 11/04/2003, por meio da IN SRF nº 320, foram aprovados tanto o programa quanto as instruções para o preenchimento do Pedido Eletrônico de Restituição ou Ressarcimento e da Declaração de Compensação (PER/DCOMP), verbis:

"O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos III e XVIII do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto no §.1(2 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação determinada pelo art. 49 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e na Instrução Normativa SRF nº 210, de 20 de setembro de 2002, resolve:

Art. 12 Aprovar o programa e as instruções para preenchimento do Pedido Eletrônico de Restituição ou Ressarcimento e da Declaração de Compensação (PER/DCOMP).

Parágrafo único. O programa, de livre reprodução, está disponível na Internet, no endereço <http://www.receitafazenda.gov.br >."

Em 24/04/2003, por sua vez, foi editada a IN SRF nº 323, prevendo, no parágrafo único do art. 3º, que:

Art. 3º Os formulários a que se refere o art. 44 da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, 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, embora admitida pela legislação federal, não possa ser requerido ou declarada à SRF mediante utilização do programa PER/DCOMP, aprovado pela Instrução Normativa SRF nº 320, de 11 de abril de 2003.

Parágrafo único. Na hipótese de descumprimento do disposto no caput, considerar-se-á não formulado o pedido de restituição ou de ressarcimento e não declarada a compensação." (Grifou-se)

A contribuinte, como já relatado, não se valeu do programa para formalizar eletronicamente o seu pedido de restituição, por entender que seu caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses admitidas pela Receita Federal para tal.

Alegou que seu requerimento, em papel, está em conformidade com a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 414, de 30 de março de 2004.

No presente caso, é fato que, ainda que assim não entenda a contribuinte, o pedido, quanto aos pagamentos feitos após 08/06/2000, poderia efetivamente ter sido formalizado eletronicamente já que nenhum obstáculo pôde ser constatado (o crédito é administrado pela Secretaria da Receita Federal e, quanto aos referidos pagamentos, efetuados a partir de 08/06/2000, não havia, em 08/06/2005, qualquer obstáculo temporal), e nesse contexto, não há qualquer espaço para se alegar que o procedimento, tal como efetuado, tem amparo no art. 3º da IN SRF nº 414, de 2004 (já que o pedido está relacionado a pagamentos alegados como indevidos de Cofins, hipótese que, segundo o art. 2º da aludida IN obriga a apresentação do pedido eletrônico).

(...)

Dessa feita, deve-se, também nesse ponto, ter por correto o despacho decisório, que considerou não formulado o pedido de restituição, em virtude da não utilização do Programa PER/DCOMP para formular tal pedido, e, por conseguinte, não se conhece da manifestação de inconformidade apresentada em relação ao pleiteado referente aos períodos em questão.

(...)

No presente caso, é fato que, ainda que assim não entenda a contribuinte, o pedido, quanto aos pagamentos feitos após 08/06/2000, poderia efetivamente ter sido formalizado eletronicamente já que nenhum obstáculo pôde ser constatado (o crédito é administrado pela Secretaria da Receita Federal e, quanto aos referidos pagamentos, efetuados a partir de 08/06/2000, não havia, em 08/06/2005, qualquer obstáculo temporal), e nesse contexto, não há qualquer espaço para se alegar que o procedimento, tal como efetuado, tem amparo no art. 3º da IN SRF nº 414, de 2004 (já que o pedido está relacionado a pagamentos alegados como indevidos de Cofins, hipótese que, segundo o art. 2º da aludida IN obriga a apresentação do pedido eletrônico). (...)"

Não obstante as alegações da DRJ, vê-se que sob o âmbito do § 1º do art. 3º da IN 460, de 2004 é possível a utilização de formulário Pedido de Restituição, além do Programa PERDCOMP – conforme dispositivo transcrito abaixo:

“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. (...)"

Sendo assim, independentemente de também estar mencionado no § 1º que tal formulário deve ser utilizado na impossibilidade de utilização da PERDCOMP, ao meu sentir, neste caso, foi formalizado o pedido de restituição da forma colocada opcionalmente para tanto – as formalidades eletrônicas somente demonstram a facilidade que a Receita teria para receber e controlar tais pedidos – o que, a princípio, o ideal seria considerar o recebimento somente em meio eletrônico. Mas nada perfaz contrário em se formalizar o pedido de restituição mediante

formulário com entrega deste e protocolizado diretamente na unidade da Receita Federal do Brasil.

Entendo que este ponto de discussão apenas está vinculada a mera questão de formalidade — o que foi posta na norma duas possibilidades - o que, portanto, entendo que assiste razão a recorrente, independentemente de não ter formalizado via PERDCOMP ou mesmo não ter justificado a impossibilidade de fazê-lo via sistema eletrônico, pois foi assim recebido e protocolizado pelo ente competente.

Quanto ao indeferimento do Pedido de Restituição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 08/06/2000, alega a DRJ que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo ou contribuição pago indevidamente ou a maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

No entanto, importante mencionar que em 4.8.2011 foi apreciado o RE 566621 – Recurso extraordinário, que tem como recorrente a União, sendo emitida a seguinte decisão:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2011.”

Para melhor elucidar, transcrevo abaixo o informativo STF de agosto:

“É inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 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. 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”]; CTN: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”].

Esse é o consenso do Plenário que, em conclusão de julgamento, desproveu, por maioria, recurso extraordinário interposto de decisão que reputara inconstitucional o citado preceito — v. Informativo 585. Prevaleceu o voto proferido pela Min. Ellen Gracie, relatora, que, em suma, assentara a ofensa ao princípio da segurança jurídica — nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos artigos 1º e 5º, XXXV, da CF — e considerara 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 9.6.2005. Os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, por sua vez, dissentiram apenas no tocante ao art. 3º da LC 118/2005 e afirmaram que ele seria aplicável aos próprios fatos (pagamento indevido) ocorridos após o término do período de vacatio legis. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso”

Em seguida, transcrevo os informativos anteriores do STF sobre este assunto:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 23/03/2014 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 23/03/2

014 por TATIANA MIDORI MIGIYAMA, Assinado digitalmente em 31/03/2014 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TOR

RES

Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto pela União contra decisão do TRF da 4ª Região que reputara inconstitucional o art. 4º da Lei Complementar 118/2005 na parte em que determinaria a aplicação retroativa do novo prazo para repetição ou compensação do indébito tributário [LC 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. 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.”; CTN: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;”]. A Min. Ellen Gracie, relatora, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, por violação ao princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos artigos 1º e 5º, XXXV, da CF, e considerando 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 9.6.2005, desproveu o recurso. Asseverou, inicialmente, que a Lei Complementar 118/2005, não obstante expressamente se autoproclamar interpretativa, não seria uma lei materialmente interpretativa, mas constituiria lei nova, haja vista que a interpretação por ela imposta implicaria redução do prazo de 10 anos — jurisprudencialmente fixado pelo STJ para repetição ou compensação de indébito tributário, e contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação — para 5 anos, estando sujeita, assim, ao controle judicial.

Em seguida, reputou que a retroatividade determinada pela lei em questão não seria válida. Afirmou que a alteração de prazos não ofenderia direito adquirido, por inexistir direito adquirido a regime jurídico, conforme reiterada jurisprudência da Corte. Em razão disso, não haveria como se advogar suposto direito de quem pagou indevidamente um tributo a poder buscar ressarcimento no prazo estabelecido pelo CTN por ocasião do indébito. Ressaltou, contudo, que a redução de prazo não poderia retroagir para fulminar, de imediato, pretensões que ainda poderiam ser deduzidas no prazo vigente quando da modificação legislativa. Ou seja, não se poderia entender que o legislador pudesse determinar que pretensões já ajuizadas ou por ajuizar estivessem submetidas, de imediato, ao prazo reduzido, sem qualquer regra de transição, sob pena de ofensa a conteúdos do princípio da segurança jurídica. Explicou que, se, de um lado, não haveria dúvida de que a proteção das situações jurídicas consolidadas em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada constituiria imperativo de segurança jurídica, concretizando o valor inerente a tal princípio, de outro, também seria certo que teria este abrangência maior e que implicaria resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça. Assim, o julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer regra de transição, atentaria, indiscutivelmente, contra, ao menos, dois desses conteúdos, quais sejam: a confiança no tráfego jurídico e o acesso à Justiça. Frisou que, estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, haver-se-ia de reconhecer eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal restaria resguardado pela proteção à confiança. De igual modo, não seria possível fulminar, de imediato, prazos então em curso, sob pena de patente e direta violação à garantia de acesso ao Judiciário.

Considerou, diante do reconhecimento da inconstitucionalidade, que o novo prazo só poderia ser validamente aplicado após o decurso da vacatio legis de 120 dias. Reportou-se ao Enunciado da Súmula 445 do STF [“A Lei nº 2.437, de 7-3-55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1º-1-56), salvo quanto aos processos então pendentes”], e lembrou que, nos precedentes que lhe deram origem, a Corte entendera que, tendo havido uma vacatio legis alargada, de 10 meses entre a publicação da lei e a vigência do novo prazo, tal fato teria dado oportunidade aos interessados para ajuizarem suas ações, interrompendo os prazos prescricionais em curso, sendo certo que, a partir da vigência, em 1º.1.56, o novo prazo seria aplicável a qualquer caso ainda não ajuizado. Tal solução deveria ser a mesma para o presente caso, a despeito da existência do art. 2.028 do Código Civil - CC, haja vista que este seria regra interna daquela codificação, limitando-se a resolver os conflitos no tempo relativos às reduções de prazos impostas pelo novo CC de 2002 relativamente aos prazos maiores constantes do CC de 1916. Registrou que o legislador, ao aprovar a LC 118/2005 não teria pretendido aderir à regra de transição do art. 2.028 do CC. Somente se tivesse estabelecido o novo prazo para repetição e compensação de tributos sem determinar sua aplicação retroativa, quedando silente no ponto, é que seria permitida a aplicação do art. 2.028 do CC por analogia. Afirmou que, ainda que a vacatio legis estabelecida pela LC 118/2005 fosse menor do que a prevista na Lei 2.437/55, objeto da Súmula 445, ter-se-ia de levar em conta a facilidade de acesso, nos dias de hoje, à informação quanto às inovações legislativas e repercussões, sobretudo, via internet. Por fim, citou a LC 95/98 que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, nos termos do art. 59 da CF, cujo art. 8º prevê que a lei deve contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão. Concluiu que o art. 4º da LC 118/2005, na parte que em estabeleceu vacatio legis alargada de 120 dias teria cumprido com essa função, concedendo prazo suficiente para que os contribuintes tomassem conhecimento do novo prazo e pudessem agir, ajuizando ações necessárias à tutela dos seus direitos. Assim, vencida a vacatio legis de 120 dias, seria válida a aplicação do prazo de 5 anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a essa data. No caso concreto, reputou correta a aplicação, pelo tribunal de origem, do prazo de 10 anos anteriormente vigente, por ter sido a ação ajuizada antes da vigência da LC 118/2005.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso acompanharam a relatora, tendo o Min. Celso de Mello dissentido apenas num ponto, qual seja, o de que o art. 3º da LC 118/2005 só seria aplicável não às ações ajuizadas posteriormente ao término do período de vacatio legis, mas, na verdade, aos próprios fatos ocorridos após esse momento. Em divergência, o Min. Marco Aurélio deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Entendeu que o art. 3º não inovou, mas repetiu rigorosamente o que contido no Código Tributário Nacional. Afirmou se tratar de dispositivo meramente interpretativo, que buscou redirecionar a jurisprudência equivocada do STJ. O Min. Dias Toffoli, por sua vez, acrescentou não vislumbrar na lei atentado contra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada. Observou que a lei pode retroagir, respeitando esses princípios. Em seguida, o julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto do Min. Eros Grau.”

Em relação a possibilidade de aplicação das conclusões do julgamento supracitado aos pedidos administrativos de repetição ou compensação tributária, parece não haver impedimento algum, uma vez que o alcance da norma do Código Tributário Nacional não foi afetado pelo julgamento do STF.

Atualmente, o pedido de restituição e compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (bem como a restituição e compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Darf ou GPS, o ressarcimento e a compensação de créditos de IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, o reembolso de salário-família e salário-maternidade) tem seu processamento previsto na Instrução Normativa RFB nº 1300, de 20 de novembro de 2012 (publicado no DOU de 21.11.2012).

A Instrução Normativa prevê a legitimidade do sujeito passivo para requerer a repetição administrativa do indébito tributário federal por meio do programa de Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP):

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).

§ 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.

Nota-se que a doutrina é clara ao prever a possibilidade de pedido administrativo de repetição de pagamento indevido de tributo, verbis:

“O sujeito passivo poderá promover a restituição administrativa, mediante requerimento à própria Fazenda, do local em que o recolhimento fora efetuado; ou diretamente ao Judiciário, mediante ação própria, não sendo esta condicionada ao prévio pedido administrativo” (José Eduardo Soares de Melo. Curso de direito tributário. 6 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 313)

No caso de pedido administrativo de repetição, “considera-se exercido o direito para fins de afastar a decadência, na data do protocolo administrativo (TRF4, 1ª T., AC 1999.71.00.014788-6/RS, out/03)” (Leandro Paulsen. Direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2009. p. 1143).

Dessa forma, para fins de aplicação do prazo de decadência do art. 168, I do CTN, de acordo com o posicionamento adotado pelo STF no julgamento do RE 566.621, é data de protocolo do pedido administrativo de repetição do indébito fiscal perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil. Se o pedido foi feito antes de 9 de junho de 2005, deve-se aplicar o prazo da tese dos cinco mais cinco. Se o caso for de encaminhamento do pedido de repetição após o vacatio legis da LC nº 118/05, tem vigência o seu art. 3º, com a redução do prazo para cinco anos contados do pagamento antecipado da exação.

Sendo assim, considero o exposto acima para considerar as razões da recorrente quanto ao Pedido de Restituição em relação aos recolhimentos efetuados antes de 09/06/2005.

No entanto, vê-se que, com base nos valores da base de cálculo indicados pela requerente na referida planilha e nos demais documentos constantes dos autos, a interessada não apresentou documentos que comprovassem seu faturamento e as receitas que entende não integrarem a base de cálculo da r. contribuição.

Em análise do processo, a requerente ficou silente a despeito da comprovação dos valores que compõe o faturamento, o que impede o acolhimento do pedido da Recorrente, posto que não há como ter conhecimento das receitas – que estariam abrangidas no conceito dado pela empresa como receita operacional e faturamento.

Da conclusão

Diante de todo o exposto, por conseguinte, no mérito, voto para **negar provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo.**

Assinado digitalmente

Tatiana Midori Migiyama – Relatora