



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

Processo n° 11610.004070/2007-50
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-005.431 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2018
Matéria PER - PIS/COFINS - formulário
Recorrente CILASI ALIMENTOS S.A. (atual denominação de CILASI ALIMENTOS LTDA)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 30/01/2001 a 31/12/2006

ANÁLISE ADMINISTRATIVA DE CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA CARF 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, afastando a aplicação de comando normativo vigente em função e inconstitucionalidade, conforme Súmula CARF nº 2.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso apresentado, e, na parte conhecida, negar provimento.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Rosaldo Trevisan (presidente), Marcos Antonio Borges (suplente convocado em substituição a Mara Cristina Sifuentes, ausente justificadamente), Tiago Guerra Machado, Lázaro Antonio Souza Soares, André Henrique Lemos, Carlos Henrique de Seixas Pantarolli, Cássio Schappo, e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente).

Relatório

Versa o presente sobre o formulário de **Pedido de Restituição** de fl. 2¹, registrado em 07/05/2007, invocando crédito decorrente da inconstitucionalidade da incidência de PIS e COFINS sobre ICMS inserido no preço da matéria-prima, em valor de R\$ 2.986.277,41, vinculando o crédito a compensações.

No **Despacho Decisório** de fls. 348 a 353, o pedido é considerado não formulado, e as compensações não declaradas, pelos seguintes fundamentos: (a) o pedido de restituição somente pode ser efetuado em formulário pelo contribuinte, em vez de gerado eletronicamente a partir do programa PER/DCOMP e transmitido à RFB pela Internet, se comprovada, de forma cabal e suficiente, a impossibilidade ou a ocorrência de falha na utilização do programa, sob pena de ser considerado não formulado (IN/SRF nº 600/2005, arts. 31, 76, §§ 2º ao 4º); (b) não são homologadas as compensações em que o alegado crédito nelas utilizado seja oriundo de pedido de restituição considerado não formulado; (c) são consideradas não declaradas as compensações em que o crédito nelas utilizado tenha como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei; e (d) o ICMS integra o preço da mercadoria ou serviço e conseqüentemente a receita bruta sobre a qual incide o PIS e a COFINS; quando conhecido o valor do ICMS cobrado no regime de substituição tributária, esse imposto não integra a base de cálculo da contribuição devida pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário. Ademais, destaca o despacho decisório que o pedido de restituição não estava assinado por dois diretores da empresa, conforme dispõe o contrato social.

Ciente do despacho decisório em 28/08/2012, a empresa apresenta **Manifestação de Inconformidade** em 27/09/2012 (fls. 409 a 457), onde alega que: (a) a exigência de transmissão eletrônica, ao invés de formulário, ofende o direito de petição constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXIV, “a” da CF/1988), além de outros comandos constitucionais; e (b) é inconstitucional a exigência de ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS.

Intimado o contribuinte a regularizar em cinco dias as assinaturas no formulário de pedido de restituição, em 01/02/2013 (fls. 461/462), apresenta-se, à fls. 467, ratificação do pedido, com as assinaturas de dos diretores da empresa, em 08/02/2013.

A **decisão de primeira instância**, proferida em 22/01/2015 (fls. 485 a 491) foi, unanimemente, pelo não conhecimento da manifestação de inconformidade no que se refere a ter sido considerado não formulado o pedido de restituição apresentado em papel, e, na parte restante, referente à inclusão de ICMS na base de cálculo das contribuições, pela improcedência da manifestação de inconformidade, por não haver previsão legal para a exclusão. Destaca ainda o julgador de piso que “apenas os débitos constantes das declarações de compensação não homologadas (PER/DCOMP transmitidos entre 18/05/2007 e 03/12/2008) permanecem com a exigibilidade suspensa até que ocorra o julgamento do recurso”.

Após ciência da decisão da DRJ, em 28/05/2015 (AR à fl. 501), a empresa apresenta o **Recurso Voluntário** de fls. 504 a 524, em 15/06/2015, basicamente reiterando as razões externadas em sua manifestação de inconformidade, e agregando considerações sobre os princípios da proporcionalidade, da vedação ao confisco e da ampla defesa e do contraditório.

¹ Todos os números de folhas indicados nesta decisão são baseados na numeração eletrônica da versão digital do processo (e-processos).

Em 15/06/2015, o recurso apresentado é encaminhado ao CARF (fl. 548), sendo distribuído a este relator, por sorteio, em junho de 2018.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, Relator

A peça apresentada a título de recurso voluntário respeitou o prazo de 30 dias da ciência da decisão de piso. No entanto, é preciso recordar que a decisão de piso não conheceu da manifestação de inconformidade interposta, no que se refere a ter sido considerado não formulado o pedido de restituição apresentado em papel.

Há que se retomar, assim, preliminarmente, a origem do contencioso, para verificar o cabimento do conhecimento dos temas manejados na peça recursal.

No Pedido de Restituição de fl. 2, com protocolo de 07/05/2007, e carimbo de “RECEBIDO POR INSISTÊNCIA”, a empresa utilizou o formulário Anexo à IN SRF nº 600/2005, para solicitar restituição de Contribuição para o PIS/PASEP e COFINS de janeiro de 2001 a dezembro de 2006, por “inconstitucionalidade na incidência de PIS e COFINS sobre ICMS inserido no preço da matéria prima”. Anexa a empresa planilhas gerais de “impostos a recuperar” às fls. 5 a 7, e informa que “*Notas fiscais e livros de entrada, a disposição da fiscalização na sede da empresa*” e que “*Deixamos de juntar o mapa mês a mês por nota fiscal, considerando um volume elevado de aproximadamente 5000 (cinco mil) paginas*”.

Às fls. 33/34 apresenta-se resumo das DCOMP transmitidas pela empresa, de 18/05/2007 a 16/06/2010 (dados completos às fls. 35 a 336), invocando o crédito postulado.

No Despacho Decisório, a unidade local da RFB detecta que o pedido de restituição não estava conforme o estatuto social (que exigia assinatura conjunta), e não se revestia da forma exigida na norma que disciplinava a matéria (IN SRF nº 600/2005, arts. 31 e 76), devendo ser considerado como não formulado, o que se endossa, para as DCOMP transmitidas entre 11/12/2008 e 16/06/2010, que devem ser consideradas não declaradas, por norma legal (nova redação dada pela Medida Provisória nº 449/2008 à Lei nº 9.430/1996, art. 74), visto que o crédito teria amparo em alegação de inconstitucionalidade de lei. Acrescenta ainda ter havido decadência do direito de pleitear a restituição (demandada em 07/05/2007) para valores anteriores a 08/05/2002. E, no mais, informa que as exclusões da base de cálculo das contribuições são apenas as expressamente previstas na lei de regência.

O despacho decisório considerou não formulado o pedido de restituição, o que bastaria para a negativa de crédito. Mas, paradoxalmente (ou mesmo alternativa e preventivamente, ou em endosso) não homologou as compensações de 18/05/2007 até 03/12/2008 e considerou não declaradas as posteriores a 03/12/2008. Para tais não homologações, possibilitou-se a interposição de manifestação de inconformidade.

Verificando a legislação invocada no despacho decisório, percebe-se, efetivamente, que a IN SRF nº 600/2005, em seus arts. 31 e 76, 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. 77, não tenha utilizado o Programa PER/DCOMP para formular pedido de restituição ou de ressarcimento ou para declarar compensação.***

(...)

*§ 2º Às hipóteses a que se refere o caput e o § 1º **não se aplica o disposto** nos §§ 2º e 4º do art. 26 e nos arts. 29, 30 e **48.***

(...)

*Art. 76. Ficam **aprovados os formulários Pedido de Restituição, 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, Declaração de Compensação e Pedido de Habilitação de Crédito Reconhecido por Decisão Judicial Transitada em Julgado constantes, respectivamente, dos Anexo I, II, III, IV e V.***

§ 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, no § 1º do art. 22 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.**” (grifo nosso)*

Daí resta claro o porquê do carimbo de “RECEBIDO POR INSISTÊNCIA”, no protocolo do Pedido de Restituição. O pedido não obedecia à norma de regência, que determinava a utilização do programa PER/DCOMP, ou, em caso de atestada impossibilidade,

a utilização do formulário, justificadamente, com a documentação comprobatória do direito de crédito.

E a empresa nem justificou a utilização do formulário, em detrimento do programa específico, nem agregou a documentação comprobatória, apenas fazendo menção de que a estava à disposição do fisco.

Para tal pedido, considerado não formulado, sequer se instaurou litígio na forma do Decreto nº 70.235/1972. Por isso a DRJ não conhece, acertadamente, da manifestação de inconformidade em relação a este tema.

Apesar de ter sanado a questão referente à assinatura conjunta dos diretores, antes da decisão da DRJ, a empresa, em suas peças de defesa, jamais justificou a utilização do formulário, limitando-se a entender que podia efetuar o pedido de restituição da forma que melhor entendesse, sem limitações formais, o que estaria amparado pelo direito de petição constitucionalmente previsto.

Assim, além de não haver o que efetivamente analisar na defesa, em relação a este primeiro tema, visto que a única argumentação é de índole constitucional, e, portanto, ceifada pela Súmula CARF nº 2, neste tribunal administrativo, é de se endossar que não se instaurou, em relação ao tema, litígio sob o rito do Decreto nº 70.235/1972, falecendo a este colegiado competência para o tratamento da questão.

Ambas as observações levam a um mesmo destino para esta primeira parte do recurso voluntário: o não conhecimento.

Por expressa disposição legal (nova redação dada pelo art. 29 da Medida Provisória nº 449/2008 ao art. 74 da Lei nº 9.430/1996), também não se conhece da peça recursal no que se refere às DCOMP transmitidas entre 11/12/2008 e 16/06/2010, consideradas não formuladas. Em relação ao tema, novamente opera a Súmula CARF nº 2, não podendo este tribunal se opor ao comando legal expresso, seja em nome de princípios constitucionais elencados pela empresa (proporcionalidade, não confisco...), seja por ser a Lei nº 9.784/1999 de aplicação apenas subsidiária no processo administrativo fiscal, conforme esclarece seu próprio texto (art. 69).

Destaque-se, para arrematar a parte preliminar deste voto, tema para o qual se operou preclusão. No despacho decisório, destacou a autoridade fiscal (fl. 351):

“11. A seu turno, o direito de pleitear a restituição, ou de utilizar o alegado crédito na compensação alternativamente à restituição, já havia sido extinto pela decadência à data da protocolização do pedido (07/05/2007), em relação aos valores de datas anteriores a 08/05/2002, com o transcurso do prazo quinquenal (Lei nº 5.172/66 - CTN, arts. 165, I e 168, I, Ato Declaratório SRF n.º 96/99), como se pode depreender do demonstrativo trazido pela interessada (fl. 05).”

E, como destaca a DRJ, a empresa sequer tratou deste tema em sua manifestação de inconformidade, pelo que se caracteriza preclusão. E, de fato, a empresa sequer versa sobre o tema, novamente, na peça apresentada a título de recurso voluntário.

Incontestemente, assim, a preclusão em relação a pagamentos apontados como indevidos anteriores a 08/05/2002.

Pelo exposto, preliminarmente, não conheço do recurso voluntário no que se refere às alegações de índole constitucional, vinculadas ao pedido formulado em desacordo com a norma de regência, e no que se refere às compensações transmitidas entre 18/05/2007 a 16/06/2010, entendendo preclusa a discussão sobre quaisquer valores referentes a pagamentos apontados como indevidos anteriores a 08/05/2002.

Resta a discutir, então, o tema referente às compensações consideradas não homologadas, transmitidas entre 18/05/2007 e 03/12/2008, como estabelece o despacho decisório (fl. 352):

“13. Assim, pelas razões expendidas, proponho considerar não formulado o pedido de restituição, não homologar as compensações objeto das declarações de compensação de fls. 35 a 180 e considerar não declaradas as compensações objeto das declarações de compensação de fls. 181 a 336.” (grifo nosso)

Temos que reconhecer que apesar de o pedido de restituição ter sido efetuado em desacordo com a forma prevista na legislação, as compensações foram transmitidas no sistema próprio, invocando os citados créditos de janeiro de 2001 a dezembro de 2006, em PER/DCOMP, com universo aqui já reduzido para 08/05/2002 a 31/12/2006.

Por isso, parece a unidade local da RFB, no despacho decisório, ter superado a questão referente a não se considerar formulado o pedido de restituição em que se fundamentaram as compensações, ao considerar estas como não homologadas, dando margem a manifestação de inconformidade, ainda que parcial. E, sobre esse tema, sem que isso importe aquiescência ao procedimento adotado pela unidade da RFB, não se efetuará revisão em prejuízo da defesa, nesta instância administrativa.

Parece ter a DRJ a mesma postura, ao efetivamente analisar as compensações para as quais se considerou haver manifestação de inconformidade (fl. 491):

“Por fim, esclareço que apenas os débitos constantes das declarações de compensação não homologadas (PER/Dcomps transmitidos entre 18/05/2007 e 03/12/2008) permanecem com a exigibilidade suspensa até que ocorra o julgamento do recurso, pois à manifestação de inconformidade aplica-se o disposto no inc. III do art. 151 do Código Tributário Nacional - CTN, conforme § 11 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, incluído pelo art. 17 da Lei nº 10.833/2003” (grifo nosso)

Haveria dois temas a analisar, para tais compensações, um jurídico e outro de fato: (a) se a composição da base de cálculo das contribuições contempla ou não o ICMS; e (b) se a empresa fez prova em relação ao alegado, no pedido de restituição.

Em relação ao primeiro, este colegiado tem se posicionado frequentemente pelo sobrestamento do feito, aguardando o trânsito em julgado RE nº 574.706/PR (posicionamento em relação ao qual tenho restado vencido, por entender ser constitucional a inclusão até trânsito em julgado da decisão judicial definitiva em sentido diverso). Mas, no caso em análise, no qual sequer se faz prova em relação ao alegado, no pedido, sobre o tema,

tal questão se apresenta como secundária, visto que ausentes a certeza e a liquidez necessárias ao deferimento do pleito, pelo que o processo pode ser apreciado, de imediato.

As matérias constantes do recurso voluntário, repita-se, são todas de índole constitucional, e, por consequência, limitadas neste colegiado pela Súmula CARF nº 2. Esclareça-se, em adição, que a empresa não invoca qualquer tutela judicial para seu pleito, limitando-se a discutir os temas administrativamente, em pedido de restituição avesso às normas que regiam a matéria, como já se destacou, e ao desamparo da certeza e da liquidez necessárias ao atendimento do pleito.

Assim, na parcela conhecida do recurso, e que restou a ser analisada, não merece prosperar a argumentação de defesa.

Pelo exposto, voto por conhecer em parte do recurso apresentado, e, na parte conhecida, negar provimento.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan