



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002135-42.2013.4.03.6100/SP

2013.61.00.002135-7/SP

D.E.

Publicado em 25/02/2019

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
 APELANTE : IRMAOS QUAGLIO E CIA LTDA
 ADVOGADO : SP101471 ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA e outro(a)
 APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA
 CONCEICAO MARANHÃO PFEIFFER
 No. ORIG. : 00021354220134036100 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE CONSIDEROU COMO "NÃO FORMULADO" O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 02 ANOS, CONFORME DISPÕE O ART. 169 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO, AUSENTE PROVA, INDÍCIO OU ARGUMENTO QUE PERMITISSE AFASTAR A NECESSIDADE DE VEICULAÇÃO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO POR MEIO DO SISTEMA PER/DCOMP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO DE ANULAÇÃO.

1. A causa tem origem em pedido administrativo de restituição, onde a autora pede a repetição do PIS/COFINS incidente sobre valores de ICMS. O pedido foi protocolizado em 18.04.07, tendo por objeto indébitos de contribuições recolhidas entre janeiro de 2002 a novembro de 2006. O pedido foi considerado como não formulado, na forma do art. 76, §§ 2º e 4º, da IN SRF 600/05, por não ter a autora se utilizado do programa PER/DCOMP. A autora tomou ciência da decisão em 09.12.2011.

2. Por força do art. 169 do CTN, detinha a autora o prazo de 02 anos para anular aquele *decisum*, contados a partir de sua ciência. Ajuizada a presente ação anulatória em 06.02.13, deve ser afastado o fenômeno prescricional, permitindo apreciar a legalidade da decisão administrativa. Na hipótese do art. 169 do CTN, porém, o reconhecimento do direito de repetir os indébitos objeto do pedido administrativo perpassa necessariamente pelo reconhecimento da nulidade da respectiva decisão administrativa. Não se pode olvidar de seus termos e discutir diretamente o direito à repetição, sobretudo se identificada preliminar obstativa da apreciação do mérito.

3. Ausente previsão normativa que vedasse a utilização do sistema PER/DCOMP - permitida a restituição de tributos em valor maior do que o devido (art. 2º, I, da IN) - e não apresentado nenhum motivo que impossibilitasse a autora de protocolizar seu pedido por aquela via, não há que se falar em nulidade da decisão administrativa. Em contestação, a União Federal explicita o ônus probatório da autora, e esta, em réplica, não traz qualquer prova, indício ou argumento a inquirir a decisão administrativa. O apelo interposto não traz qualquer linha sobre o tema, forte apenas no propósito de afastar o fenômeno prescricional e de confirmar que o ICMS não compõe o faturamento empresarial. Porém, como dito pela própria autora, seu pedido visa à anulação do ato administrativo. Logo, cumpriria a mesma refutar o fundamento que levou a Administração Pública a considerar seu pedido como não formulado. Quedando-se inerte, não se torna possível anular a decisão administrativa proferida e, conseqüentemente, deferir o pedido de restituição dos valores.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo para afastar a prescrição, julgando improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

Johansom di Salvo
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042

Nº de Série do Certificado: 682B208592178EB4

Data e Hora: 15/02/2019 15:53:39

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002135-42.2013.4.03.6100/SP

2013.61.00.002135-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
APELANTE : IRMAOS QUAGLIO E CIA LTDA
ADVOGADO : SP101471 ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA e outro(a)
APELADO(A) : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000006 MARGARETH ANNE LEISTER E MARIA DA CONCEICAO
MARANHÃO PFEIFFER
No. ORIG. : 00021354220134036100 4 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta por IRMÃOS QUAGLIO & COMPANHIA LTDA contra sentença que julgou improcedente seu pedido para que os valores de ICMS e de ISS fossem excluídos da base de cálculo do PIS/COFINS cobrado no processo administrativo 13840.000097/2007-95. Segundo a autora, a referida exclusão foi discutida no referido processo e indeferida.

Deu-se a causa o valor de R\$ 123.571,71.

O juízo considerou prescrita a pretensão de repetir os indébitos tributários, e afastou a tese de inconstitucionalidade da inclusão dos aludidos impostos na base de cálculo do PIS/COFINS. Condenou a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa (fls. 236/241).

A autora interpôs apelo, asseverando que o pedido visa à anulação de decisão administrativa, implicando na identificação do prazo prescricional de 02 anos previsto no art. 169 do CTN. Assevera ainda que o ICMS e o ISS não integram o conceito de receita/faturamento (fls. 248/261).

Contrarrazões às fls. 270/271.

É o relatório.

VOTO

A causa tem origem em pedido administrativo de restituição, onde a autora pede a repetição do PIS/COFINS incidente sobre valores de ICMS. O pedido foi protocolizado em 18.04.07, tendo por objeto indébitos de contribuições recolhidas entre janeiro de 2002 a novembro de 2006 (fls. 29/46). O pedido foi considerado como não formulado, na forma do art. 76, §§ 2º e 4º, da IN SRF 600/05, por não ter a autora se utilizado do programa PER/DCOMP (fls. 174). A autora tomou ciência da decisão em 09.12.2011 (fls. 177).

Por força do art. 169 do CTN, detinha a autora o prazo de 02 anos para anular aquele *decisum*, contados a partir de sua ciência. Ajuizada a presente ação anulatória em 06.02.13, deve ser afastado o fenômeno prescricional, permitindo apreciar a legalidade da decisão administrativa. Nesse sentido:

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA E HOMOLOGAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. AJUIZAMENTO DA DEMANDA APÓS DOIS ANOS DA CIÊNCIA DA DECISÃO DA RECEITA FEDERAL. PRESCRIÇÃO NA FORMA DO ART. 169 DO CTN. RECURSO PROVIDO, COM INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. O objeto da causa leva em conta DCOMP apenas parcialmente homologada pela Receita Federal, isso por inexistir comprovação da tributação retida na fonte quando do pagamento da prestação do serviço de terceirização. A autora teve ciência do despacho decisório de homologação somente parcial em 15.06.10, impugnando a decisão apenas em 20.07.10, quando já transcorrido o prazo de 30 dias previsto no art. 74, §§ 7º e 9º da Lei 9.430/96. Intempestiva a manifestação de inconformidade, não foi instaurada lide administrativa apta a ensejar a suspensão da exigibilidade dos débitos não quitados pela compensação parcialmente homologada e, conseqüentemente, do prazo prescricional para sua cobrança. 2. Por seu turno, o prazo prescricional para que a autora reclamasse em juízo acerca da homologação parcial também não se quedou suspenso. Objetivando a autora a anulação da decisão administrativa e a homologação da compensação declarada, incide ao caso o art. 169 do CTN exigindo a propositura da ação dentro do curso de 2 anos contados da ciência daquela decisão. Ajuizada a presente causa em 01.02.2013, há de se reconhecer a prescrição da pretensão. Ainda que se leve em consideração a decisão administrativa que atestou a intempestividade da impugnação, mesmo assim o pedido continua fulminado pela prescrição, já que o contribuinte dela teve ciência em 28.12.10. Precedentes. 3. Não obstante o art. 169 do CTN expressamente dispor sobre o prazo prescricional para o ajuizamento de "ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição", por óbvio o prazo de 2 anos também deve ser aplicado quando a Administração não homologa ou homologa parcialmente a compensação pleiteada. Isso porque em ambos os casos o contribuinte exerce administrativamente o direito creditório entendido como devido, e é esta pretensão que lhe é negada pela Administração. Com efeito, a compensação tem por pressuposto o reconhecimento da existência e liquidez dos créditos ali declarados, manifestação idêntica àquela prolatada quando do reconhecimento da restituição dos mesmos. 4. Configurada a prescrição do pleito autoral, invertem-se os ônus sucumbenciais, condenando-se a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, também fixados em 10% do valor da causa, atualizado conforme a Res. 267/CJF. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000733-93.2013.4.03.6109/SP / TRF3 - SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOM DI SALVO / D.O. 03.03.2017)

Na hipótese do art. 169 do CTN, porém, o reconhecimento do direito de repetir os indébitos objeto do pedido administrativo perpassa necessariamente pelo reconhecimento da nulidade da respectiva decisão administrativa. Não se pode olvidar de seus termos e discutir diretamente o direito à repetição, sobretudo se identificada preliminar obstativa da apreciação do mérito.

É o que se tem no processo nº 13840.000097/2007-95, pois a Administração Fazendária considerou como "não formulado" o pedido. Por força do art. 74, § 14, da Lei 9.430/96, foi conferida à Receita Federal a prerrogativa de disciplinar o procedimento administrativo de restituição, ressarcimento e compensação, editando o órgão administrativo, à época, a IN SRF 600/05.

Dispõe seu art. 76, § 2º que "(o)s 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". Segundo seus §§ 3º e 4º, será considerada como impossibilidade a ausência de previsão para a restituição ou falha na geração do PER/DCOMP - a ser demonstrada pelo contribuinte. Não justificada a impossibilidade, a autoridade considerará como não formulado o pedido, nos termos do art. 31, como ocorreu no caso.

A exigibilidade da justificação e a consequência por sua ausência já foram chanceladas pela jurisprudência desta Corte, como atestado pelos seguintes julgados:

*TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. PIS. COFINS. RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO EM PAPEL NÃO ACEITO PELA SRFB. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PER/DCOMP. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Afastada a alegação de nulidade da r. sentença. Não houve a análise do mérito do pedido de compensação como faz crer a apelante. Na verdade, o pedido foi julgado improcedente devido a ausência de ato coator, porquanto o impetrante não logrou comprovar a impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, nos termos do art. 3º, § 2º da IN SRF 1.300/12. 2. No caso vertente, a impetrante houve por bem apresentar, em 25/04/2016, pedido de restituição em formulário de papel sob a alegação de total impossibilidade de fazê-lo em meio eletrônico, uma vez que o sistema informatizado só permite que tal procedimento seja realizado se houver ação judicial ou a identificação de Darf específica do pagamento indevido. 3. Nada obstante, a impetrante não conseguiu entregar sua declaração à Receita Federal, pois o sistema eletrônico apontou erro validador PERDCOMP, pois o processo administrativo nº 13888.721698/2016-80 não respaldou a apresentação de PER/DCOMP (fl. 108). 4. Desta feita, o pedido de restituição foi indeferido sumariamente pela autoridade impetrada, sob o fundamento de que o contribuinte não demonstrou a impossibilidade de utilização do programa eletrônico de restituição. 5. De fato, à época em que realizada, a restituição deveria ter sido declarada por meio eletrônico, aceitando-se pedido por formulário tão somente nas hipóteses em que a restituição ou a compensação não possa ser requerida ou declarada mediante PER/DCOMP, consoante § 2º, art. 3 da IN nº 1.300/2012. 6. O documento de fl. 108 não comprova a impossibilidade de utilização do programa PER/DCOMP, porquanto apenas informa a existência de erro na validação do pedido, o que não justifica a utilização do pedido em papel. 7. Com a vinda das informações (fls. 128/131), restou esclarecido que o contribuinte informou incorretamente a origem do crédito, não se tratando de reconstituição da base de cálculo das contribuições, mas sim de recolhimento indevido a título de PIS e Cofins. 8. Portanto, no caso em questão, o contribuinte deveria, ao verificar o benefício introduzido pelo art. 81 da Lei nº 13.043/14, primeiro retificar sua DCTF junto a RFB, o que tornaria evidente a existência de Darf com recolhimento indevido e, ato contínuo, apresentar o pedido de restituição eletrônico. 9. Apelação improvida.
(0005070-23.2016.4.03.6109 / TRF3 - SEXTA TURMA / JUIZ CONV. PAULO SARNO / e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/02/2018)*

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO. ART. 74, § 12, LEI Nº 9.430/96. ROL TAXATIVO. NÃO UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA PER/DCOMP. CRÉDITOS ANTERIORES A CINCO ANOS DO PEDIDO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. PARCIAL PROCEDÊNCIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. DEFINITIVIDADE NAQUILO QUE PROCEDENTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 74, § 3º, III, L. Nº 9.430/96. ATRIBUIÇÃO DE COMPENSAÇÃO "NÃO DECLARADA". IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. RECEBIMENTO NO EFEITO SUSPENSIVO. RECURSOS DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. O rol das hipóteses em que uma declaração de compensação pode ser considerada "não declarada" é taxativo e encontra-se disposto no artigo 74, § 12, da Lei 9.430/76, entendimento pacífico na jurisprudência desta Corte Regional. 2. In casu, conforme se depreende de f. 56-58, as declarações foram consideradas como não declaradas, em razão de serem apresentadas em formulário de papel, em detrimento do programa PER/DCOMP, bem como por se tratarem de créditos que não se encontravam definitivamente julgados na esfera administrativa, após indeferimento da primeira instância, nos termos do artigo 74, § 3º, inciso VI, da Lei nº 9.430/96. 3. Cumpre ressaltar que, conforme justificativa da apelada, apresentada à autoridade administrativa (f. 69), ocorreu em razão da impossibilidade do sistema aceitar o pedido de compensação de créditos referente aos anos-calendários em que ela pretendia a compensação. 4. Às f. 35-53 encontra-se juntado acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas - SP, de nº 05-31645, proferido por sua Quarta Turma, no processo administrativo de nº 19679.018021/2004-79, no qual foi reconhecido parcialmente o quanto pretendido naquele pedido de ressarcimento, com base no saldo negativo de IRPJ do ano calendário de 1991. 5. Do quadro exposto, temos que parte o crédito pretendido pela apelada para restituição fora indeferido em primeira instância administrativa e, com a apresentação da manifestação de inconformidade, fora julgada procedente em parte, sendo certo que a decisão realizada pelas delegacias de julgamento não são submetidas a reexame pela autoridade superior. 6. Assim, este crédito reconhecido encontra-se definitivamente reconhecido pela administração tributária, não lhe sendo aplicável o quanto dispõe o artigo 74, § 3º, inciso VI, da Lei nº 9.430/96. 7. Ressalte-se que o dispositivo é expresso em reconhecer que o "valor" que ainda não fora definitivamente julgado, sendo certo que se o pedido administrativo de ressarcimento é parcialmente procedente e, desta decisão não há recurso de ofício pela autoridade administrativa, aquilo que foi reconhecido tem o nítido caráter definitivo e, portanto, passível de ser incluído no pedido de compensação. 8. Assim, é de rigor o reconhecimento do direito da apelada na discussão administrativa dos referidos créditos, pelo procedimento constante no Decreto nº 70.235/72 e com todos os efeitos inerentes àquele, recebendo-se o recurso interposto no processo administrativo de compensação de nº 13819.720594/2011-67 como manifestação de inconformidade. 9. Reexame necessário e recurso de apelação desprovidos. (0003566-69.2013.4.03.6114 / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/12/2017)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. VIA ADMINISTRATIVA. IN CASU, NÃO SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO, PORÉM SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Relativamente à questão central debatida nos presentes autos, que corresponde à tentativa da impetrante, ora embargante, de converter sua irrisignação contra decisão da Receita Federal, no sentido de não admitir pedido de compensação em formulário de papel, ao arrepio da previsão regulamentar, cujo comando aponta a utilização do sistema eletrônico PER/DCOMP, em manifestação de inconformidade e seus respectivos efeitos, foi esta exaustivamente examinada no acórdão atacado, onde lá restou expressamente assentado que, "como bem apontado pela União Federal, em suas contrarrazões ofertadas às fls. 127 e ss. dos presentes autos, e pelo parecer do Ilustre Parquet, às fls. 153 e ss., não se configura, aqui, a manifestação de inconformidade, nos exatos termos da legislação de regência, em especial a Lei nº 9.430/96, artigo 74, e regulada por Instrução Normativa da Receita Federal, esta sim com o condão de suspender a exigência do crédito tributário, como quer fazer pretender a impetrante, mas antes trata-se de simples recurso administrativo contra decisão da Receita Federal que não aceitou o pedido de compensação, via formulário de papel, eis que, conforme previsão regulamentar, tal pedido deve se revestir na forma eletrônica, utilizando o denominado programa PER/DECOMP", acrescentando-se que, embora a então apelante acenasse com possível ilegalidade das Instruções Normativas reguladoras do pedido de compensação, 600/05 e 900/08, expedidas pela Secretaria da Receita Federal," esta própria C. Corte já teve a oportunidade de se manifestar acerca da legalidade

das Instruções Normativas expedidas pela Secretaria da Receita Federal que, dentro do munus que a reveste, expede normas de caráter interno disciplinando a restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição por ela administrados, a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais, o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, entre outras providências". 2. Nesse diapasão, oportuno novamente trazer à baila as precisas observações do I. Parquet, em seu percuciente parecer de fls. 153 e ss. do presente writ, onde aponta que "assim, se compensação promovida pelo contribuinte esteve prevista no rol de hipóteses não-autorizadas, ela será considerada como não declarada, e, portanto, desprovida de quaisquer efeitos. Ademais, nos termos do §13 do referido dispositivo - alusão ao artigo 74 da Lei nº 9.430/96 - o recurso eventualmente interposto em face desta decisão não terá o condão de suspender a exigibilidade dos respectivos créditos tributários. E continua o parecer ministerial, debruçando-se sobre a questão ora posta a exame, no sentido de esclarecer que "no caso concreto, a Declaração de Compensação nº (...) subsume-se às previsões das Instruções Normativas da Receita Federal nº 600/05 e nº 900/08. Ocorre que o impetrante foi impossibilitado de efetuar o pedido eletronicamente, pois a compensação de IRPJ e CSSL calculados por estimativa é vedada pelo artigo 94-A, inciso III, d IN 900/08. Desta forma, buscou, inadequadamente, formular a declaração via papel, deixando de utilizar o Programa PER/DCOMP e incidindo no artigo 31 da IN 600/05. Trata-se de evidente hipótese de não-declaração, razão pela qual o recurso interposto não deverá ser dotado de efeito suspensivo" - destacou-se. 3. E finaliza, o I. MPF, concluindo que "(...) portanto, pelo disposto na lei 9430/96, que o recurso de Manifestação de Inconformidade, que tem o efeito de suspender a exigibilidade do débito, é cabível somente em face de decisões de não-homologação de compensação declarada, sendo inaplicável para a hipótese de não-declaração. Neste caso, eventual impugnação deverá ocorrer via recurso geral, que não é dotado de efeito suspensivo" - destacou-se novamente. 4. Destarte, como visto, falece o argumento da aqui embargante no sentido de que a questão não foi analisada sob o prisma da legislação de regência, bem como se assoma cristalina a conclusão que seu pedido não se enquadra na hipótese de que cogita o invocado artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional. 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos tão somente para sanar a omissão apontada, todavia sem efeitos infringentes, mantendo-se na íntegra os termos do acórdão ora embargado. (0024241-03.2010.4.03.6100 / TRF3 - QUARTA TURMA / DESª. FED. MARLI FERREIRA / e-DJF3 Judicial I DATA:05/07/2017)

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO CONSIDERADO NÃO DECLARADO. NÃO UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA PERD/COMP. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA EM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ART. 74, §13º, DA LEI 9.430/96. 1. As declarações de compensação protocolizadas no período de outubro a dezembro de 2015, por meio de formulários de papel, foram consideradas não declaradas, uma vez que a apelada não utilizou o programa PERD/COMP para a geração das declarações e pela prescrição do crédito subjacente, reconhecida em processo administrativo de restituição. 2. Inexiste, a princípio, previsão legal para que a entrega da declaração de compensação seja feita exclusivamente por meio eletrônico, sendo possível a utilização de formulário de papel, sempre que a via eletrônica não for possível e mediante justificativa do contribuinte (art. 74 da Lei 9.430/96). Precedentes desta Corte. 3. A contribuinte havia pleiteado no âmbito administrativo, anteriormente, a restituição dos mesmos créditos do pedido de compensação ora analisado (saldo negativo de IRPJ, que teria apurado no ano-calendário de 2009, exercício de 2010), também em formulário de papel, por já ter sido apresentada fora do prazo previsto no art. 168, I, do CTN, em situação repetida por ocasião da apresentação da declaração de compensação. 4. Por ocasião do julgamento dos feitos administrativos, realizado simultaneamente, o pedido de restituição, protocolado em 02/03/2015 foi indeferido, com fulcro no art. 168 do CTN, diante da ocorrência da prescrição e o pedido subsequente de compensação foi considerado não declarado, não só por ter sido apresentado em formulário de papel, mas também em face do art. 74, §13º, da Lei 9.430/96, inc. VI e §12, inciso I e IN RFB 1.300/2012, art. 41, §3º, inc. VIII, art. 46 e art. 113, §3º. 5. Diante do indeferimento motivado do pedido de restituição pela autoridade administrativa, tanto na decisão dos pedidos administrativos, quanto por ocasião da tentativa de formalização dos pedidos eletrônicos, ocorreu a hipótese prevista no art. 74, § 12, da Lei nº 9.430/96, permitindo que a compensação pleiteada fosse tida como não declarada, ausente o direito líquido e certo pleiteado pela apelada 6. Apelação e remessa necessária providas.

(0011848-36.2016.4.03.6100 / TRF3 - SEXTA TURMA / DESª. FED. CONSUELO YOSHIDA / e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/06/2017)

Ausente previsão normativa que vedasse a utilização do sistema PER/DCOMP - permitida a restituição de tributos em valor maior do que o devido (art. 2º, I, da IN) - e não apresentado nenhum motivo que impossibilitasse a autora de protocolizar seu pedido por aquela via, não há que se falar em nulidade da decisão administrativa. Em contestação, a União Federal explicita o ônus probatório da autora (fls. 218), e esta, em réplica, não traz qualquer prova, indício ou argumento a inquirir a decisão administrativa (fls. 229/231). O apelo interposto não traz qualquer linha sobre o tema, forte apenas no propósito de afastar o fenômeno prescricional e de confirmar que o ICMS não compõe o faturamento empresarial.

Porém, como dito pela própria autora, seu pedido visa à anulação do ato administrativo. Logo, cumpriria a mesma refutar o fundamento que levou a Administração Pública a considerar seu pedido como não formulado. Quedando-se inerte, não se torna possível anular a decisão administrativa proferida e, conseqüentemente, deferir o pedido de restituição dos valores.

As situações tributárias não se confundem. Pode o contribuinte pleitear judicialmente a restituição, independentemente de decisão administrativa em sentido contrário ou da pendência de processo administrativo, obedecido o prazo prescricional quinquenal (art. 168 do CTN); ou, indeferido eventual pedido administrativo, buscar sua anulação, desde que observado o prazo de 02 anos (art. 169 do CTN). Nesse sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. IR. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, como expressamente constou da respectiva fundamentação. 2. Caso em que houve pedido administrativo, com decisão definitiva, não se aplicando, na contagem, o prazo do artigo 168 do CTN, mas o do artigo 169 do CTN, que prevê dois anos para ajuizamento da ação anulatória, a partir do indeferimento administrativo da restituição. 3. Na espécie, o IRPF, cuja exigibilidade restou questionada, refere-se aos anos-calendário 2002 a 2006, tendo sido formulado pedido administrativo em 05/12/2008, portanto, dentro do prazo do artigo 168 do CTN. 4. Em 06/12/2010, a Receita Federal indeferiu a solicitação de restituição, por considerar que "No que tange à comprovação da doença, os documentos de fls. 10/11 foram emitidos pelo Instituto do Câncer Arnaldo Vieira de Carvalho, que, apesar de ser um renomado hospital especializado em Cancerologia e fazer parte do Sistema de Saúde do estado de São Paulo, não é um serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito federal ou dos Municípios, tendo em vista que o hospital é uma ASSOCIAÇÃO PRIVADA"; e, ainda, que "Considera-se não formulado o pedido de restituição, quando o sujeito passivo não tenha utilizado o Programa Eletrônico de Ressarcimento ou Restituição e Declaração de Compensação (PER/DCOMP) na data da protocolização do pedido". Deste acórdão, a apelante foi intimada em 07/02/2011, sendo que a presente ação foi proposta apenas em 17/12/2013, o que revela o decurso de prazo superior ao biênio, tal como previsto no artigo 169 do CTN. 5. Não é possível, com efeito, interpretar a legislação de modo que haja um prazo prescricional de dois anos para o contribuinte ajuizar ação anulatória e ao mesmo tempo um prazo prescricional de cinco anos, para o contribuinte ajuizar a ação de restituição, até porque o deferimento desta última medida pressupõe a anulação da decisão indeferitória, ainda que por via reflexa. 6. O prazo do artigo 168 do CTN aplica-se tanto ao pedido administrativo, quanto à ação judicial de restituição, porém, optando o contribuinte por aquele, não simultaneamente com esta, a ação de restituição baseada na impugnação da decisão administrativa que indeferiu o pedido tem seu prazo prescricional regulado pelo artigo 169 do CTN, e não mais pelo

artigo 168, porquanto não foi proposta antes da decisão administrativa, buscando realmente afastar os efeitos desta, ainda que não objetiva, expressa e diretamente, sua anulação, mas o deferimento da tese que deixou de ser acolhida naquela seara. 7. Agravo inominado desprovido.
(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2089893 / SP / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. CARLOS MUTA / e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/10/2015)

Escolhida a segunda hipótese, cumpre à parte autora fundamentar o pleito anulatório; refutar os argumentos trazidos pela Administração para indeferir o pedido, tanto no mérito quanto em questões preliminares, permitindo o reconhecimento da nulidade e, conseqüentemente, do direito à restituição. Não se desincumbindo deste ônus, fica mantida a validade do ato administrativo, julgando-se improcedente o pedido judicial.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo apenas para afastar a prescrição, e, no mérito, julgo improcedente o pedido.

É como voto.

Johansom di Salvo
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO:10042
Nº de Série do Certificado: 682B208592178EB4
Data e Hora: 15/02/2019 15:53:35
