



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

Processo nº 10875.901222/2010-96
Recurso nº 905.786 Voluntário
Acórdão nº **3801-01.325 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 28 de junho de 2012
Matéria DCOMP ELETRÔNICA
Recorrente MERCADINHO SILVA & BARBOSA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/1999

COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS POR VIA POSTAL. VALIDADE.

É eficaz a intimação feita por via postal, com Aviso de Recebimento (AR), e entregue no domicílio fiscal do contribuinte, sendo irrelevante a existência de vínculo entre o signatário do AR e a empresa.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

O controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO INCERTO.

A compensação não pode ser homologada quando o sujeito passivo não comprova a certeza e liquidez origem de seu direito creditório.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes – Presidente e Relator.

Processo nº 10875.901222/2010-96
Acórdão n.º **3801-01.325**

S3-TE01
Fl. 2

EDITADO EM: 07/08/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes, Sidney Eduardo Stahl, José Luiz Bordignon, Paulo Sérgio Celani, Fábila Regina Freitas e Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo. Ausente justificadamente a Conselheira Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos, em razão do princípio da economia processual:

Trata-se de Declaração de Compensação – DCOMP, com base em suposto crédito de Cofins oriundo de pagamento indevido ou a maior.

A DRF de origem emitiu Despacho Decisório Eletrônico de não homologação da compensação, fundamentando:

Limite do crédito analisado, correspondente ao valor do crédito original na data de transmissão informado no PER/DCOMP: 5.149,24.

Analizadas as informações prestadas no documento acima identificado, não foi confirmada a existência do crédito informado, pois o DARF a seguir discriminado no PER/DCOMP, não foi localizado nos sistemas da Receita Federal.

[...]Diante da inexistência do crédito, NÃO HOMOLOGO, a compensação declarada.

Cientificada desse despacho, a interessada apresentou sua manifestação de inconformidade, alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

Preliminarmente, a nulidade da notificação do Despacho Decisório, por não se ter observado o disposto nos artigos 214 e 215 do Código de Processo Civil, e a correspondência não ter sido entregue diretamente ao seu representante legal e seu sócio gerente. Solicita ainda que seja anexada aos autos a cópia do Aviso de Recebimento relativa ao Despacho Decisório;

Para efetuar sua compensação, valeu-se do art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991. A partir de 2003, a legislação da Receita Federal passou a obrigar que a compensação fosse efetuada por meio eletrônico. Tal exigência é descabida a luz das disposições da referida Lei, e consiste em verdadeiro óbice no aproveitamento do crédito tributário pelo contribuinte, na medida em que não consegue peticionar/esclarecer na declaração eletrônica a origem de seu crédito (declaração expressa de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal);

A ilegalidade/inconstitucionalidade das disposições da Lei nº 9.718, de 1998, sobre a Cofins;

Conforme entendimento da doutrina, e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Contribuintes, no

caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para se pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente é de dez anos contados do fato gerador (tese dos cinco mais cinco). Nesse contexto, efetuou o pedido de restituição da Cofins dentro do prazo prescricional. Não cabe aplicar as disposições da Lei Complementar nº 118, de 2005, pois que esta não se caracteriza como interpretativa.

A DRJ em Campinas (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos da ementa abaixo transcrita:

COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO.

Para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo, deve ser demonstrada a liquidez e certeza de crédito de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. INCOMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.

Discordando da decisão de primeira instância, a recorrente interpôs recurso voluntário, instruído com diversos documentos, cujo teor é sintetizado a seguir.

Em breve arrazoadado, inicialmente, descreve os fatos argumentando que fez a compensação de valores recolhidos a maior do tributo Cofins, de conformidade com o art. 66 da Lei 8.383/91.

Sustenta que não contesta o rito processual do Decreto 70.235/72, mas que não se pode perder de vista que a relação processual é o próprio processo, e para que se forme, é necessário que o réu seja citado para a validade do processo. Insiste que a citação ou intimação no caso do processo administrativo é considerada o ato mais importante da relação processual e instaura o contraditório no processo.

Argumenta que o Decreto 70.235/72 realmente não exige, para o recebimento da notificação de lançamento, instrumento público ou particular, admitindo o mandato tácito, assim válidas as intimações assinadas pelos porteiros do condomínio, considerando-se que o mesmo tem procuração tácita do morador para receber correspondências. No entanto, para a pessoa jurídica, vale a regra comum, legitimando-se ao recebimento o administrador, sócio, gerente, preposto ou procurador.

Aduz que a citada súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais foi publicada no DOU em 09/12/2010, validando a partir da publicação os efeitos da mesma.

No mérito, sucintamente, defende a tese de que tem crédito líquido e certo para que a compensação declarada se efetue. Alega que o art. 8º e seus parágrafos da Lei nº

Processo nº 10875.901222/2010-96
Acórdão n.º **3801-01.325**

S3-TE01
Fl. 5

9.718/98 foram revogados a partir de 01 de janeiro de 2000 pela Medida Provisória nº 2.158-35 de 24/08/2001, artigo 93, inciso III.

Explica que a certeza do direito de compensação advém do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que após o advento da nova Constituição Federal aumentaram a alíquota da Cofins.

Menciona princípios constitucionais e do direito administrativo para sustentar os seus argumentos.

Por fim, requer o provimento de seu recurso no sentido de reformar o acórdão guerreado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio de Castro Pontes

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto, dele toma-se conhecimento.

A recorrente, em preliminar, sustenta, ainda que de maneira confusa, a nulidade da notificação por via postal do despacho decisório.

Não assiste razão à recorrente, pois o processo administrativo fiscal é regulado pelo Decreto nº 70.235, de 1972 e tem status de lei ordinária, por força de decisão judicial. A comunicação dos atos processuais, por via postal, está disciplinada no art. 23, inciso II, § 2º, inciso II, § 3º e § 4º deste diploma legal, *in verbis*:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...)

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)(grifou-se)

No caso em tela, segundo prova documental (AR), a intimação foi entregue por via postal no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo. Convém ressaltar que é

irrelevante o fato do signatário do AR ser ou não ser representante legal do sujeito passivo, sendo requisito apenas que a intimação fosse realizada no domicílio eleito pelo contribuinte.

Quanto às alegações da necessidade de citação pessoal dos representantes legais da empresa, o art. 23, §3º, do Decreto nº 70.235/72, dispõe que os meios de intimação pessoal, por via postal e por meio eletrônico não estão sujeitos a ordem de preferência. Como visto, a intimação por via postal foi perfeitamente válida e não está sujeita a ordem de preferência. De modo que a comunicação dos atos processuais no processo administrativo fiscal tem como uma das opções a intimação pessoal, todavia a mesma não é obrigatória.

Indubitável é que a Fazenda Nacional optou pela via postal para cientificar o contribuinte do despacho decisório, e nesse meio de intimação é indiferente o vínculo entre a pessoa que recebe a correspondência e a empresa.

A propósito, aplica-se a Súmula nº 09 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que uniformizou o seguinte entendimento:

Súmula CARF nº 9: *É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.*

Súmula 9 do 1º CC e 6 do 2º CC

Em remate, não merece acolhida a tese de nulidade por vício na intimação da interessada.

Quanto ao suposto crédito passível de compensação, a recorrente argumenta que tem crédito líquido e certo para que a compensação declarada se efetue. Alega que o art. 8º e seus parágrafos da Lei nº 9.718/98 foram revogados a partir de 01 de janeiro de 2000 pela Medida Provisória nº 2.158-35 de 24/08/2001, artigo 93, inciso III.

O seu pleito não pode prosperar, visto que seu suposto crédito não é certo e muito menos líquido.

A interessada insiste na tese da inconstitucionalidade da majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3% nos termos do art. 8º da Lei nº 9.718/98, *in verbis*:

Art.8º Fica elevada para três por cento a alíquota da COFINS.

§1º A pessoa jurídica poderá compensar, com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL devida em cada período de apuração trimestral ou anual, até um terço da COFINS efetivamente paga, calculada de conformidade com este artigo.(Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§2º A compensação referida no §1º:.(Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I- somente será admitida em relação à COFINS correspondente a mês compreendido no período de apuração da CSLL a ser compensada, limitada ao valor desta; .(Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II- no caso de pessoas jurídicas tributadas pelo regime de lucro real anual, poderá ser efetuada com a CSLL determinada na forma dos arts. 28 a 30 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§3º Da aplicação do disposto neste artigo, não decorrerá, em nenhuma hipótese, saldo de COFINS ou CSLL a restituir ou a compensar com o devido em períodos de apuração subsequentes. (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§4º A parcela da COFINS compensada na forma deste artigo não será dedutível para fins de determinação do lucro real. (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

Como se nota e diferentemente do alegado, somente os parágrafos do art. 8º da Lei nº 9.718/98 foram revogados pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001. Assim, o aumento da alíquota permanece em vigor até hoje.

Tenha-se presente que a autoridade julgadora não pode afastar a aplicação de norma jurídica, pois o controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso.

Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, **fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação** ou deixar de observar tratado, acordo internacional, **lei** ou decreto, **sob fundamento de inconstitucionalidade**. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)(grifou-se)*

(...)

Vale observar que, no caso em tela, não ocorreu nenhuma das exceções previstas no § 6º desse artigo, pelo contrário, como será demonstrado, o STF declarou a constitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 9.718/98.

Outrossim, essa discussão já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme o disposto na Súmula 2:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Súmulas 2 do 1º e 2º CC

Além do mais e ao contrário da tese da recorrente, o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o entendimento da legalidade da referida majoração, a exemplo do julgamento pelo Tribunal Pleno do RE 390.840, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 15/08/2006:

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. Sobrepõe-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.

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.(grifou-se).

De sorte que, em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fundamento jurídico que embasou o recurso da requerente é insubsistente.

Por fim, ainda que se admitisse a tese da recorrente, o que se admite apenas para efeitos de argumentação, é importante ressaltar que a requerente teve a oportunidade de comprovar o seu direito creditório, todavia limitou-se a invocar seu direito. Destarte, além de não apresentar os comprovantes de recolhimento dos supostos pagamentos a maior, verifica-se que a recorrente não colacionou tanto na manifestação de inconformidade quanto no recurso voluntário sequer um demonstrativo de cálculo do seu suposto crédito, de sorte que os pedidos de restituição/compensação nos moldes requeridos não deve prosperar.

Por seu turno, o art. 333 do Código de Processo Civil preceitua que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Ora, tendo alegado que efetuou pagamento a maior da contribuição Cofins, a recorrente tinha por obrigação legal de juntar aos autos administrativos os respectivos documentos comprobatórios que sustentariam seu direito.

Consigne-se que o artigo 170 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional) estabelece como requisito para compensação que o crédito seja líquido e certo, *in verbis*:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à

Processo nº 10875.901222/2010-96
Acórdão n.º **3801-01.325**

S3-TE01
Fl. 10

autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vencendo, do sujeito passivo contra a Fazenda.” (grifou-se)

Por tais razões o direito creditório não se apresentou líquido e certo.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, não reconhecendo o direito creditório pleiteado, e por conseguinte, não homologando a compensação.

(assinado digitalmente)
Flávio de Castro Pontes - Relator