



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

Processo nº 10875.904107/2010-73
Recurso nº 905.792 Voluntário
Acórdão nº **3801-01.294 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 26 de junho de 2012
Matéria DCOMP ELETRÔNICA
Recorrente MERCADINHO BARBOSA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 29/02/2004

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 10875.904107/2010-73
Acórdão n.º **3801-01.294**

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 não cumulativa (DARF código de arrecadação 5856), 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: 3.294,56. A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

(...)

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.

COFINS NÃO CUMULATIVA. BASE LEGAL.

A exigência da Cofins na modalidade não cumulativa foi estabelecida pela Medida Provisória nº 135, de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.833, de 2003.

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, entretanto a requerente somente foi intimada em 20/09/2012 não podendo a norma retroagir em prejuízo da requerente.

Processo nº 10875.904107/2010-73
Acórdão n.º **3801-01.294**

S3-TE01
Fl. 5

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 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 10875.904107/2010-73
Acórdão n.º **3801-01.294**

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