



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.952346/2010-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3001-002.490 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 10 de abril de 2024
Recorrente CENTRO DE ENDOSCOPIA E MOTILIDADE DIGESTIVA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2002 a 30/06/2002

CIÊNCIA POSTAL. A INTIMAÇÃO DEVE SER ENVIADA AO DOMICÍLIO FISCAL DO CONTRIBUINTE. RECEBIMENTO PELO REPRESENTANTE LEGAL. DESNECESSIDADE. 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 CARF nº 9).

NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

A decisões administrativas são válidas quando (i) o ato preenche os requisitos legais, apresentado clara fundamentação legal e motivação; (ii) inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 59 do Decreto 70.235/1972; (iii) o processo administrativo proporciona plenas condições do exercício do contraditório e do direito de defesa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.

A comprovação da liquidez e certeza do direito creditório no âmbito do processo administrativo fiscal compete ao contribuinte, que é quem alega o direito, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil e do art. 28 do Decreto nº 7.574/2011.

DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO.

O reconhecimento do direito creditório pleiteado pelo contribuinte demanda a comprovação inequívoca de sua liquidez e certeza (art. 170, CTN).

Em se tratando de direito creditório cujo fundamento é a declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 pelo STF no julgamento do RE nº 585.235/MG, a demonstração da efetiva existência dos indébitos demanda do contribuinte não só apresentação dos comprovantes de recolhimento mas também a demonstração de que na base de cálculo da COFINS foram incluídas receitas não operacionais.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2002 a 30/06/2002

TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DIES A QUO E PRAZO PARA EXERCÍCIO DO DIREITO. DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, o qual teve repercussão geral reconhecida, fixou a tese de que *“é inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, de modo que, para os tributos sujeitos a homologação, o novo prazo de 5 anos para a repetição ou compensação de indébito aplica-se tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”*.

Portanto, para os pedidos de restituição/compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação formalizados antes da vigência da Lei Complementar (LC) nº 118, de 2005, ou seja, anteriores a 09/06/2005, o prazo que o contribuinte dispõe é de cinco anos, nos termos do art. 168, I, do CTN, iniciando após o término do prazo também de cinco anos do art. 150, §4º, desse mesmo código (Tese dos 5 + 5), ao passo que para os pedidos posteriores a essa data, aplica-se o prazo prescricional de 5 anos, contado do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do despacho decisório e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

João José Schini Norbiato – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aniello Miranda Aufiero Junior (suplente convocado(a)), Bruno Minoru Takii, Francisca Elizabeth Barreto, Laura Baptista Borges, Wilson Antônio de Souza Côrrea, João José Schini Norbiato (Presidente).

Relatório

O presente processo trata da **DCOMP nº 10154.50979.180107.1.3.04-1498 (fls. 07/11)**, transmitida em **18/01/2007**, por meio da qual o contribuinte em epígrafe declarou a compensação de débito de CSLL com um alegado crédito de **R\$ 188,11** (valor original), decorrente de pagamento indevido/ a maior de **COFINS (cód. 2172)**, realizado em **30/06/2002**, no valor de R\$ 370,06, referente ao período de apuração 30/06/2002.

Ao analisar a declaração de compensação (**Despacho Decisório nº 887189675**, às fls. 02), a Delegacia da Receita Federal responsável pela circunscrição fiscal a que pertence o

contribuinte localizou o pagamento indicado na DCOMP, porém, constatou que este encontrava-se inteiramente alocado a débito do tributo com o código de receita 2172 (COFINS), referente ao período de apuração 30/06/2002, não restando crédito disponível para a compensação declarada.

Irresignado com a decisão administrativa, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (às fls. 12/28), cujos argumentos foram bem descritos no relatório do acórdão da câmara baixa, nos seguintes termos (fls. 62/64):

3.1. **Preliminarmente**, requer seja declarada nula a notificação do despacho decisório, entregue, pelo fato do despacho decisório ter sido recebido e assinado por pessoa não credenciada e não habilitada para receber qualquer correspondência da empresa, em detrimento dos sócios, desrespeitando, assim, aos artigos 214/215 do Código de Processo Civil;

3.2. **Quanto aos fatos**, diz em resumo que:

3.2.1. Através da Instrução Normativa nº 320/2003, foi aprovado o novo sistema de compensação, em que o contribuinte ficou obrigado a efetuar a compensação ou restituição de seus créditos por meio de mecanismo eletrônico denominado PER/DCOMP.

3.2.2. Que a partir de 30/09/2003, foi instituído o mecanismo através da qual a compensação deve ser efetuada, passando, em alguns casos, da sistemática manual, via requerimento, para a eletrônica, que apesar de ser mais rápida, apresenta-se como um verdadeiro empecilho no aproveitamento de crédito tributário decorrente e referente ao pleiteado pela manifestante, tendo em vista que o contribuinte não tem como esclarecer a origem do crédito, (declaração expressa de inconstitucionalidade do STF) e nem como usar do direito de peticionar. Cita o direito de petição assegurado pela CF, em seu artigo 5º, XXXIV.

3.2.4. Afirma, ainda, que com a edição da lei n. 9.718/98, o Poder Legislativo majorou a alíquota da COFINS de 2% (dois por cento) sobre o faturamento para 3% (três por cento), sobre todas as receitas das empresas, inclusive obtida no mercado financeiro, sendo tal aumento manifestamente inconstitucional e ilegal, não se podendo exigir o recolhimento da COFINS, sob alíquota superior a 2%, nos termos da Lei n. 70/91.

3.2.5. Diante da flagrante ilegalidade do aumento da exação de forma absolutamente inválida e ineficaz, buscou a restituição dos valores pagos indevidamente e a maior, através da compensação.

3.3. Do Direito, alega em resumo que:

3.3.1. A lei n. 9.718, data de 27 de novembro de 1998, foi promulgada sob égide da redação original do art. 195 da Constituição Federal de 1988. Nesse caso sobre a folha de salário, o faturamento e o lucro, foram criadas as contribuições sociais respectivas, sendo algumas, já existentes anteriormente, foram recepcionadas pelo atual regime jurídico.

3.3.2. Especificamente sobre o faturamento, o legislador editou a Lei Complementar n. 70/91, que descreveu minuciosamente a regra matriz de incidência da COFINS, sendo sua base de cálculo o faturamento.

3.3.3. Em 29 de outubro de 1998, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 1.724, que alterou a base de cálculo da COFINS, para receita bruta, ao invés do faturamento, bem como majorando a alíquota dessa exação de 2% (dois por cento) para 3% (três por cento), sendo que o governo não poderia ter modificado a Constituição por Lei Ordinária, pois a regra constitucional só outorgava competência para a instituição de

contribuições sobre o "faturamento", e tão somente por emenda constitucional e que poderia alterar conceito de "faturamento," por gozar de destaque expresso na Carta.

3.3.4. Que, ao incluir receitas financeiras na base de cálculo da contribuição, a Lei nº 9.718/98 feriu as previsões do artigo 195 da Constituição Federal, tendo em vista que a inclusão das receitas financeiras do cálculo da COFINS somente foi permitida com a edição da Emenda Constitucional nº 20, que alterou a redação do art 195 da Constituição Federal de 1988.

3.3.5. Em dezembro de 1998, a Lei 9.718/98 foi editada em data anterior a emenda e deveria ter respeitado o antigo texto do artigo 195 da Constituição Federal, que não previa cobrança de contribuições seguridade social sobre receitas financeiras. A lei nº 9.718/98 não poderia ser convalidada por emenda constitucional posterior.

3.3.6. Portanto totalmente inconstitucional a alteração da base de cálculo da COFINS por lei ordinária, que não se convalida com a superveniência de Emenda Constitucional.

3.3.7. A medida provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998, convertida em lei (ordinária) nº 9.718/98, que dispõe sobre a cobrança adicional de 1% (um por cento) da COFINS, fere o princípio da equidade na participação do custeio da seguridade social, tendo a Lei estabelecido que o acréscimo de 1% da COFINS deverá ser pago por todas as empresas, mas poderá ser compensado com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) Contudo, somente as empresas que apresentarem lucro e aquelas que poderiam compensar integralmente a COFINS.

3.3.8. Então, as empresas altamente lucrativas nada sofrerão com o aumento da carga tributária com a elevação de alíquota de contribuição, desse modo só as empresas que tiveram prejuízos ou lucro baixo, como a manifestante, e que arcaram com a majoração da COFINS, se este conselho não homologar a compensação objeto desta manifestação.

3.3.9. Portanto, deve ser efetuada a compensação, perante a ilegalidade da majoração da COFINS de 2% para 3%, naquilo que seja exigido acima da alíquota de 2% desde novembro de 1998.

3.3.10. Com relação ao prazo prescricional para repetição do indébito tributário, como é cedido o COFINS é um tributo por homologação, sendo que a extinção do crédito tributário sujeito homologação do lançamento, se dá no momento em que o fisco realiza a conferência do lançamento — homologação expressa aceitando-se como correto ou ordenando para que seja corrigido.

3.3.11. Que é pacífico no STJ, o entendimento de que o prazo quinquenal deve ser contado a partir da homologação do lançamento do crédito tributário (art. 150, §1º do CTN) e se a lei não fixar prazo para a homologação, será ela de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Findo este prazo sem que a Fazenda tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e extinto o crédito tributário (CTN art 150 § 4º).

3.3.12. Contudo, expõe que nos casos de repetição de indébito, o prazo decadencial só começa a ocorrer após cinco anos da ocorrência do fato gerador, somado mais cinco anos para pleitear a restituição do tributo. Cita doutrina e decisões administrativas e judiciais neste sentido. Portanto, segundo ela, o prazo prescricional para repetição do indébito tributário não se alterou, ou seja, continua 5 (cinco) anos da homologação e como normalmente esta ocorre tacitamente somada mais com 5 (cinco) anos. Logo, a manifestante tem 10 (dez) anos do pagamento para restituir o que foi pago indevidamente.

3.3.13. Assim, ao final, requer o provimento de sua manifestação de inconformidade para o fim de reformar o despacho decisório.

Ao deliberar acerca da manifestação de inconformidade (acórdão nº **16-38.795**, às fls. 60/71), a **11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (SP)**, por unanimidade de votos, julgou-a improcedente. O acórdão do colegiado a quo recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Data do fato gerador: 30/06/2002

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INTIMAÇÃO VIA POSTAL. AVISO DE RECEBIMENTO NO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. APRESENTAÇÃO DE PROVAS. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. DÉBITO DECLARADO. CITAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA OU DOUTRINA. ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Aplicam-se as regras processuais previstas no Decreto nº 70.235, de 1972, à manifestação de inconformidade, a qual deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância, as razões e as provas que possuir.

Não se admite a existência de indébito tributário quando o valor recolhido encontrar-se totalmente utilizado para pagamento de tributo informado em declaração que constitui confissão de dívida.

A intimação via postal deve ocorrer com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, não sendo necessária a prova de recebimento pessoal do contribuinte, nos termos do artigo 23, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972

O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do pagamento indevido. Inteligência do artigo 3º da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005.

No julgamento de primeira instância, a autoridade administrativa observará apenas a legislação de regência, expresso em atos normativos de observância obrigatória, não estando vinculada às decisões administrativas ou judiciais proferidas em processos dos quais não participe o Interessado ou que não possuam eficácia erga omnes, e nem a opiniões doutrinárias sobre determinadas matérias.

A apreciação de constitucionalidade ou legalidade de norma é atribuição do Poder Judiciário. Não compete ao julgador da esfera administrativa a análise de questões que versem sobre a constitucionalidade de norma legal regularmente editada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado dessa r. decisão, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 74/88), em que, na prática, repisa essencialmente os mesmos argumentos levados a conhecimento em primeira instância, distribuindo-os nos seguintes tópicos:

- **DCOMP PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR**

Aduz que recolheu DARFs conforme disposto na Medida Provisória nº 1.724/1998 (convertida na Lei nº 9.718/1998), que alterou a base de cálculo da COFINS e majorou a alíquota dessa contribuição de 2% para 3%. Alega que a

Constituição Federal só outorgava competência para a instituição de contribuições sobre o faturamento e que “*ao incluir receitas financeiras na base de cálculo da contribuição, a Lei n 9.718/98 feriu as previsões do artigo 195 da Constituição Federal*” (fls. 76).

Assevera que “*a certeza do direito se comprova pelo recolhimento da Guias DARFS — que demonstram ser indevido tais recolhimentos, e o quantum recolhido*” e que “*e inconteste a existência do direito do requerente em reaver o que recolheu e que não era devido, crédito da requerente líquido e certo. (Devidamente demonstrado nas Guias de Darf, que pode compensar conforme autoriza a lei).*” (fls. 77).

Acrescenta que “*segundo entendimento exarado pelo ilustre Juiz Federal HUGO DE BRITO MACHADO, no congresso de direito tributário Não e pressuposto para admissão da ação, a caracterização da liquidez e certeza do crédito, Conforme o disposto no artigo 170 do Código Tributário Nacional “....a lei pode...autorizar a compensação de créditos tributários do sujeito passivo, com créditos líquidos e certos da Fazenda Pública (vencidos ou a vencer), Assim o requisito de liquidez e certeza se refere os créditos da União, e não do contribuinte, sendo suficiente sua natureza tributaria.*” (fls. 77).

- **DOS PRAZOS PARA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDEVIDO OU A MAIOR**

Neste tópico, o contribuinte invoca a aplicação da chamada tese dos 5+5 para contagem do prazo prescricional no caso em análise. Eis o cerne dos argumentos trazidos na peça recursal (fls. 79/80):

O prazo prescricional para repetição do indébito tributário, ate a solicitação da requerente não se alterou, ou seja, continua 5 (Cinco) anos da homologação e como normalmente esta ocorre tacitamente somada mais com 05 (Cinco) anos. Logo a requerente tem 10 (Dez) anos do pagamento para restituir o que foi pago indevidamente.

Ademais se deve deixar claro, no presente caso, mesmo com a vigência da Lei Complementar 118/2005 para o presente a mesma não se alterou.

Não podemos perder de vista que o STJ não aceitou a citada norma por ser de caráter interpretativo, sendo certo que sua aplicação, pois pode ocorrer apenas em relação aos pagamentos indevidos ocorridos a partir de julho de 2005, segundo a regra de direito intertemporal.

I Para os recolhimentos efetuados ate 08/06/2000 (Cinco anos antes do inicio da vigência da LC 118/2005) aplica-se a regra dos cinco mais cinco.

II Para os recolhimentos efetuados entre 09/06/2000 a 08/06/2005, a prescrição ocorrera em 08/06/2010 (Cinco anos a contar da vigência da LC 118/2005).

III Para os recolhimentos efetuados a partir de 09/06/2005 (Inicio da vigência da LC 118/2005) aplica-se a prescrição quinquenal contada do pagamento.

Conclui-se ainda de forma pragmática, que para todas as ações protocolizadas ate 09/06/2010 (Cinco anos da vigência da LC 118/05) e de ser afastada a prescrição de indébitos efetuadas nos 10 anos anteriores ao seu ajuizamento, nos casos de

homologação tácita (...)" (ST.I) la T, Resp 1086871/SC, j em 24/03/2009, Dje de 02/04/2009.

Com se vê, por qualquer tese que se pegue com referência a prescrição a recorrente esta dentro do direito de pleitear o crédito tributário.

- **DA COMPROVAÇÃO DO CREDITO**

O contribuinte defende que é *“garantido o direito da requerente ao crédito decorrente dos recolhimentos efetuados a título de PIS, em decorrência nos dispostos nas Leis número 2445/88 e 2449/88 em razão da vinculação pelos juízos monocráticos e tribunais inferiores.”* (fls. 80).

- **CARACTERIZAÇÃO LIQUIDEZ E CERTEZA DO CREDITO**

Neste ponto, além de repetir parte dos argumentos expostos no tópico “DCOMP PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR”, o contribuinte afirma que *“in casu, a certeza do direito a compensação advém do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que, após o advento da nova Constituição Federal, tornaram-se inconstitucionais os decretos 2.445/88 e 2449/88”* e que *“a ação para haver restituição de tributo, fundada na inconstitucionalidade da lei tributaria, não é alcançada pela prescrição, a mingua de dispositivo legal que determine.”* (fls. 81).

- **INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL/ INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO**

Por fim, o contribuinte vale-se de extensas considerações, permeadas por citações doutrinárias, para defender que a nulidade da notificação do despacho decisório, pois *“apesar de ter sido notificada na pessoa jurídica, o mesmo não ocorreu como determina a lei, na pessoa de seus sócios ou administradores, trazendo nulidade ao despacho decisório”* (fls. 86).

Posteriormente à interposição do recurso, foi juntado aos autos um requerimento identificado no sistema e-processo como “REQUERIMENTO DE DESISTÊNCIA” (fls. 103), na qual o sócio administrador da Recorrente *“pede a alteração do status de suspenso para em cobrança para fins de inclusão no PARCELAMENTO DA LEI 12.996 da RECEITA FEDERAL referente ao processo 10880.958.490/2010-19”* (fls. 113).

O recurso foi sorteado à relatoria do ilustre Conselheiro Luis Felipe de Barros Reche, cujo voto apresenta as seguintes considerações a respeito da petição citada acima (fls. 123/124):

Apesar de juntado aos autos do processo como “Requerimento de Desistência”, observo que a referida petição foi protocolizada em um centro de atendimento da unidade preparadora. Verifica-se, ainda, que não há, na petição, qualquer manifestação expressa a desistência do Recurso Voluntário interposto pelo representante legal da empresa, o que implicaria em determinação de devolução do processo à repartição de origem mediante despacho do Presidente da Câmara, nos termos do art. 18, inciso IX, do Anexo II do Regimento Interno do Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF no 343, de 9 de junho de 2015.

Observa-se ainda que, na mesma petição, **há menção expressa a pedido de parcelamento formalizado nos autos de outro processo administrativo, mas tal processo não foi localizado no sistema e-processo, de forma que não foi possível constatar se realmente há pedido de parcelamento formalizado** e, em havendo, se este se refere aos mesmos débitos objeto da compensação declarada no PER/DCOMP objeto do presente processo.

Desta forma, **considerando que, pela aplicação do § 2º do art. 78 do mesmo RICARF, e em consonância com o art. 1000 do Código de Processo Civil de 2015 e com o art. 52 da Lei nº 9.784/1999, a formalização de pedido de parcelamento implica desistência de recurso interposto, entendendo prudente que seja o presente julgamento convertido em diligência com vistas à oitiva da unidade de origem, para que esta verifique:**

- 1) se há pedido de parcelamento formalizado pela recorrente; e
- 2) em caso afirmativo, se este abrange total ou parcialmente os débitos objeto da compensação declarada no PER/DCOMP nº 10154.50979.180107.1.3.04-1498.

[grifo nosso]

Constata-se, então, que diante da dúvida acerca da inclusão do débito objeto da compensação não homologada em um pedido de parcelamento (o que implicaria a desistência do recurso apresentado), o ilustre relator propôs que o julgamento fosse convertido em diligência para que unidade preparadora fornecesse informações a respeito.

Submetida a proposta ao escrutínio dos demais membros deste Colegiado (em composição diferente da atual), por unanimidade votos, resolveu-se “*converter o julgamento do Recurso Voluntário em diligência à Unidade de Origem, para que esta informe se consta pedido de parcelamento ou pagamento integral no âmbito de programa de regularização fiscal que importe em desistência total ou parcial do presente Recurso Voluntário, em relação aos débitos compensados.*” (vide Resolução nº 3001-000.452 às fls. 116/124).

Em atendimento ao pedido, a Equipe Regional de Parcelamentos da 8ª Região Fiscal juntou documentos às fls. 127/141 e emitiu a Informação nº 315/2022/EQPAR/DERAT-SP/SRRF08/RFB (fls. 142) em que:

1. Em resposta ao Despacho de Diligência de fls. 116-124, informo que **os débitos oriundos da compensação não homologada, controlados pelo processo nº 10880.958490/2010-19, não foram incluídos no parcelamento especial concedido pela Lei nº 12.996/2014, tampouco foram pagos à vista com os benefícios desta lei**, conforme comprovado às fls. 131-141.

[grifo nosso]

Cientificado do resultado da diligência (fls. 144 e 147), o contribuinte manteve-se silente.

Retornados os autos para este Conselho para prosseguimento do feito, na medida em que o Relator original não mais integrava nenhum dos colegiados da 3ª Seção, o processo foi encaminhado a esta turma para novo sorteio.

Procedido o sorteio, o recurso foi distribuído à minha relatoria.

Considerando que o débito objeto de compensação não homologada não foi incluído em parcelamento e que no requerimento às fls. 113 o contribuinte não manifesta expressamente sua desistência do recurso voluntário, passo a expor a seguir meu voto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João José Schini Norbiato, Relator.

1. Da competência para julgamento do feito

Em virtude da norma contida no artigo 65 do Anexo da Portaria MF nº 1634, de 21 de dezembro de 2023, a qual aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, este colegiado é competente para apreciar este feito.

2. Do conhecimento

No que se refere à tempestividade, embora não conste nos autos Termo de Solicitação de Juntada do recurso voluntário ou anotação da data de recebimento na própria peça recursal, pode-se afirmar que a sua interposição ocorreu dentro do prazo previsto em lei, já que a Recorrente tomou ciência da decisão de piso em 03/06/2013 (AVISO DE RECEBIMENTO às fls. 73) e, segundo as informações contidas no sistema e-processo, a juntada do recurso no processo eletrônico deu-se em 02/07/2013, antes, portanto, de escoado o prazo de 30 dias, que, a considerar as regras de contagem previstas no Decreto-lei nº 70.235/72, encerrava-se em 03/07/2013.

Assim, dada a tempestividade e o atendimento dos demais requisitos formais de admissibilidade, passo à análise das razões recursais.

3. Intimação por via postal / Intimação do sujeito passivo

Sob esses dois tópicos, a Recorrente traz a conhecimento deste colegiado argumento que, conquanto não explicitado como tal, tem natureza de preliminar de mérito.

Em linhas gerais, a Recorrente alega que apesar de ter sido notificada do despacho decisório, tal notificação não ocorreu como determina a lei, ou seja, na pessoa de seus sócios ou administradores, o que, segundo assegura, acarreta a nulidade do despacho decisório.

Posto o argumento, registro de pronto que não vislumbro a nulidade aventada.

Como se sabe, as causas de nulidade no processo administrativo fiscal estão previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, segundo o qual somente serão declarados nulos os atos na ocorrência de decisões ou despachos lavrados ou proferidos por pessoa incompetente ou dos quais resulte inequívoco cerceamento do direito de defesa à parte, *in verbis*:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No caso dos autos, não só o despacho de decisório foi lavrado por autoridade fiscal competente como do seu teor a Recorrente tomou efetivamente ciência, lhe sendo dada a oportunidade de exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa. Basta ver que tanto na manifestação de inconformidade quando em recurso a Recorrente demonstra ter conhecimento dos termos da decisão da autoridade fiscal, além de apresentar razões contrárias ao que fora decidido.

No mais, é até mesmo curioso que o contribuinte avenge a nulidade de uma intimação que claramente cumpriu o desiderato de trazer-lhe ao conhecimento a decisão administrativa e, a partir disso, a oportunidade de manifestar-se a respeito.

Além disso, há muito encontra-se consolidado, inclusive por meio de enunciado constante da súmula deste Conselho, o entendimento de que a ciência da notificação feita via postal é válida ainda que o recebedor da correspondência não seja o representante legal do destinatário. Vejamos:

Súmula CARF nº 9

Aprovada pelo Pleno em 2006

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Fato é que o despacho decisório efetivamente veio ao conhecimento da Recorrente por meio da notificação postal em discussão e não há evidência de qualquer prejuízo à sua defesa, de modo que o procedimento mostra-se plenamente válido.

4. Dos prazos para restituição de tributos indevido ou a maior

Conforme apontado em relatório, neste tópico, a Recorrente invoca a aplicação da chamada tese dos 5+5 para defender que a repetição de indébito objeto do pedido de compensação em análise não foi alcançada pelo prazo prescricional. Com esse desiderato traz à baila inclusive as regras de transição para contagem do prazo prescricional estabelecidas pelo e. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EREsp nº 644.736/PE, em que a Corte Superior decidiu pela inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que prevê a aplicação retroativa do seu artigo 3º, que reduz prazo prescricional.

A título de esclarecimento, cumpre ressaltar que o entendimento do STJ, quanto aos pagamentos que estariam sujeitos às disposições da Lei Complementar nº 118/2005, foi superado com o julgamento do RE nº 566.621/RS pelo STF, no qual foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento, como estabelecido nas regras de transição preconizadas pelo STJ). Inclusive o STJ pronunciou-se expressamente nesse sentido quando do julgamento Recurso Especial nº 1.269.570 – MG:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). **Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.**

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp n. 1.269.570/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/5/2012, DJe de 4/6/2012.)

[grifo nosso]

No mesmo sentido o posicionamento consolidado também na esfera administrativa, conforme consubstanciado no enunciado nº 91 da súmula deste Conselho:

Súmula CARF nº 91

Aprovada pelo Pleno em 09/12/2013

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

No caso concreto, a contagem do prazo prescricional teve início em 30/06/2002 (data do pagamento) e se encerraria em 30/06/2007. Na medida em que a Recorrente apresentou a DCOMP nº 10154.50979.180107.1.3.04-1498 em 18/01/2007, não ocorreu, portanto a prescrição.

5. Dcomp pagamento indevido ou a maior / Da comprovação do crédito / Caracterização liquidez e certeza do crédito

Tendo em vista que nos tópicos da peça recursal que levam os títulos acima a Recorrente aborda basicamente o mesmo assunto, qual seja, a comprovação da liquidez e certeza do direito creditório pleiteado, inclusive por vezes repetindo em um tópico os argumentos que expusera em outro, os tratarei em conjunto aqui.

Pois bem. Segundo infere-se das razões recursais, o alegado pagamento indevido a maior decorreria do fato de a Recorrente ter recolhido a COFINS seguindo disposições inconstitucionais da Lei nº 9.718/98. A peça não especifica quais dispositivos viciados seriam esses, mas ataca a mudança da base de cálculo da Contribuição pela referida lei e a alteração da alíquota de 2% para 3%. Logo, pode-se assumir que a Recorrente está a tratar dos § 1º do art. 3º e do art. 8º da referida lei.

Embora se saiba que este Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2), não se pode olvidar que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 foi declarado inconstitucional no julgamento do RE nº 585.235/MG, no qual o e. STF, em regime de repercussão geral (CPC, art. 543-B), concluiu que o PIS e a COFINS somente podem incidir sobre receitas operacionais (aquelas ligadas às atividades principais do contribuinte), sendo inconstitucional a sua incidência sobre as receitas não operacionais.

Então, por força das normas contidas nos arts. 98, parágrafo único, inciso II, alínea “b”, e 99 do novo RICARF, se no âmbito do processo administrativo fiscal restar devidamente comprovado que recolhimentos foram feitos a maior seguindo os desígnios do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, há que se reconhecer o crédito concernente à parcela da Contribuição incidente sobre as receitas estranhas ao conceito de faturamento.

Ocorre, no entanto, que da análise das razões recursais depreende-se que a tese da Recorrente é, em resumo, a de que a certeza do direito à compensação adviria do reconhecimento da inconstitucionalidade das disposições da Lei nº 9.718/1998 e a existência do indébito estaria provada simplesmente pelo fato de ter havido recolhimento da contribuição por meio de DARF.

Com a devida vênia, sem razão a Recorrente.

A mera existência de pagamento, por si só, não atesta a liquidez e a certeza do direito reclamado, uma vez que a demonstração do indébito demanda a comprovação em duas frentes. A primeira, é claro, é a comprovação da realização dos recolhimentos (no que entra a apresentação dos comprovantes) e a segunda é a de que estes pagamentos (ou parte deles) são indevidos. Logo, além da apresentação dos DARFs, incumbe ao contribuinte o dever de apresentar provas que demonstrem a existência dos débitos, o que, no caso concreto, implicaria a demonstração de que na base de cálculo da COFINS foram incluídas receitas não operacionais da Recorrente.

Tal comprovação poderia ser realizada, por exemplo, a partir de memória de cálculo que identificasse quais as receitas estranhas ao conceito de faturamento foram incluídas na base de cálculo da Contribuição, bem como os seus valores. Além da apresentação de excertos das demonstrações contábeis e da documentação de suporte que comprovassem a veracidade desses valores.

Entretanto, ao longo de todo o iter processual, o contribuinte insiste em defender seu direito sob um enfoque meramente teórico e doutrinário, sem trazer uma prova sequer do direito alegado.

Vale lembrar que no caso o que está em discussão é um direito creditório que o contribuinte afirma possuir frente à Fazenda Nacional, logo lhe compete prová-lo, já que, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil e do art. 28 do Decreto nº 7.574/2011, o ônus da prova é de quem alega o direito.

Ainda a esse respeito, conforme destacado no relatório desse acórdão, a Recorrente defende que os requisitos de liquidez e certeza previstos no art. 170 do CTN referem-se aos créditos da Fazenda Pública, e não aos do contribuinte, sendo suficiente para estes sua natureza tributária.

Tal interpretação é equivocada. Vejamos a redação desse dispositivo:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a **compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.**

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.

[grifo nosso]

A simples leitura basta para verificar que o entendimento da Recorrente não se sustenta, já o que texto é explícito ao tratar da compensação de créditos tributários (créditos do fisco perante ao contribuinte) com **créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.**

Por fim, apenas para que não sobre pontos não enfrentados, cumpre registrar que a inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nº 2.445/1988 e nº 2.449/1988, citada em recurso, não tem qualquer repercussão para o caso ora em análise, já que esses decretos tratam

especificamente da contribuição para o PIS e o pagamento que a Recorrente alega ter sido feito a maior foi da COFINS.

Em verdade, ao citar variados motivos para a existência do alegado indébito, os argumentos recursais mostram-se claudicantes, dificultando até mesmo o entendimento acerca da qual seria de fato a causa do alegado pagamento indevido.

Conclui-se, portanto, que não restou comprovado que os recolhimentos foram realizados com esteio nas disposições legais consideradas viciadas, não evidenciado, assim, o direito creditório reclamado.

Conclusão

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do despacho decisório e, no mérito, por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

João José Schini Norbiato