



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

Processo nº 13888.005337/2008-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-000.668 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de maio de 2011
Matéria COFINS
Recorrente RAMOS & CASSIERI CONTABILIDADE LTDA-ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

As pessoas jurídicas submetidas ao regime cumulativo das contribuições apuram os valores devidos a título de PIS/PASEP E COFINS mediante a aplicação das seguintes alíquotas: 3% – pessoas jurídicas em geral.

Com a publicação da Lei nº 11.941/09, a qual, em seu artigo 79, inciso XII, revogou o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que determinava a incidência do PIS e da COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas, e não apenas sobre os valores relativos ao seu faturamento, decorrente da venda de bens e serviços.

O dispositivo legal revogado é justamente aquele cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, a qual deve ser acatada, forte no art. 26-A da Lei nº 11.941/09.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de decadência e no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para ajustar a base de cálculo a decisão do STJ relativa ao artigo 3º da lei nº 9.718/98.

Judith do Amaral Marcondes Armando - Presidente.

Mércia Helena Trajano D'Amorim - Relator.

EDITADO EM: 22/05/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Judith do Amaral Marcondes Armando, Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Luis Eduardo Garrosssino Barbieri. Ausência justificada de Daniel Mariz Gudino

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“A empresa qualificada em epígrafe foi autuada em virtude da apuração de falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) no período de janeiro a novembro de 2003, exigindo-se-lhe contribuição de R\$ 2.477,57, multa de ofício de R\$ 1.858,15 e juros de mora de R\$ 1.900,29, perfazendo o total de R\$ 6.236,01.

O enquadramento legal encontra-se à fl. 106.

Inconformada, a autuada impugnou o lançamento alegando, preliminarmente, em síntese, que os fatos geradores entre janeiro e outubro de 2003 teriam sido atingidos pela decadência, a teor do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN) e conforme julgados que transcreve.

Quanto ao mérito, alega que a Lei nº 9.718, de 1998, seria inconstitucional, porquanto alterou lei complementar ao modificar a base de cálculo e a alíquota da contribuição previstas na Lei Complementar (LC) nº 70, de 1991, ferindo, assim, a hierarquia das leis.

Por fim, requer que o seu patrono seja notificado das decisões do presente.”

Em complemento ao relato e segundo o relatório do trabalho fiscal, a ação foi desencadeada em virtude do mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Piracicaba (processo nº 2003.61.09.005776-6), onde a empresa pleiteou a concessão de medida liminar para suspender a exigibilidade da COFINS devida pelas sociedades civis e que passou a ser exigida por força da Lei 9.430/96.

A recorrente teve demanda nesse sentido na Justiça rejeitada, ao arguir que a Lei nº 9.718, de 1998, ao revogar a isenção da Cofins das prestadoras de serviços, prevista na LC nº 7, de 1970, teria ferido a hierarquia das leis, conforme documentos de fls. 8 a 22 dos autos.

Como não houve manifestação sobre os valores levantados e os mesmos **não foram declarados em DCTF**, logo não restou a Fiscalização outra alternativa senão a de constituir os referidos créditos tributários. Foram efetuados apenas os lançamentos do ano-

calendário 2003, pois como não houve qualquer pagamento, aplica-se o art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Para o período de dezembro/2003 não houve lançamento de ofício pelo fato de ter depósito judicial (exigibilidade suspensa), de acordo com Art. 49 da MEDIDA PROVISÓRIA nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/RPO nº 14-29.948, de 24/06/2010, proferida pelos membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão/Preto/SP, cuja ementa dispõe, *verbis*:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF.

Em razão da Súmula Vinculante nº 8, do STF, o prazo para o lançamento das contribuições sociais deve ser contado segundo os critérios estabelecidos no Código Tributário Nacional.

CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

Impugnação Improcedente.”

O julgamento foi no sentido de considerar improcedente a impugnação apresentada pela empresa autuada, para manter o crédito tributário exigido de acordo com Auto de Infração. Ou melhor, afastou a preliminar de decadência, pois não houve pagamento antecipado, daí o prazo decadencial foi o disposto no art. 173, inc I do CTN. No que tange à alegação de inconstitucionalidade, esclareceu a DRJ que não tem competência legal para se manifestar.

O Contribuinte protocolizou o Recurso Voluntário, tempestivamente, no qual, basicamente, reproduz as razões de defesa constantes em sua peça impugnatória.

Ressaltando: que é desnecessário o lançamento por parte da autoridade administrativa, vez que o crédito foi constituído quando pela entrega da DCTF, logo o lançamento, além de desnecessário, é nulo; alega ainda que a turma julgadora não pode manifestar-se acerca da inconstitucionalidade de leis. Ocorre que o art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 foi declarado inconstitucional pelo STF — Supremo Tribunal Federal. Ademais, o art. 79, XII, da Lei nº 11.941/2009 revogou expressamente o mencionado dispositivo.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Mércia Helena Trajano D'Amorim

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) no período de janeiro a novembro de 2003, exigindo contribuição de R\$ 2.477,57, multa de ofício de R\$ 1.858,15 e juros de mora de R\$ 1.900,29, perfazendo o total de R\$ 6.236,01.

Inicialmente, passemos, à preliminar de decadência.

A empresa argumentou, em sede, de impugnação, que as contribuições do PIS e da COFINS são tributos sujeitos ao lançamento por homologação e que o prazo para homologação do lançamento relacionado à COFINS é de cinco anos contados da ocorrência do "fato gerador", conforme preconiza o § 4º, do artigo 150, do CTN.

No entanto, no recurso voluntário, a recorrente inova, acrescentando, que o mesmo informa o montante apurado por meio de DCTF- Declaração de Contribuições e Tributos Federais; vez que o crédito foi constituído quando pela entrega da DCTF, logo o lançamento, além de desnecessário, é nulo. Ressalto que a fiscalização afirma que os valores em litígio não foram declarados em DCTF.

No caso concreto, e segundo o relato da fiscalização, de acordo com os autos, não houve pagamento antecipado nos períodos lançados.

Assim sendo, não tendo pagamento, o prazo decadencial deve ser contado de acordo com o disposto no art. 173, I, *verbis*:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Portanto, para janeiro/2003, cuja data de vencimento é 14/02/2003, a realização do lançamento de ofício seria possível a partir do dia 15/02/2003. O primeiro dia do exercício seguinte, nos termos do art. 173, I, foi 01/01/2004, a partir do qual, contados cinco anos, chega-se ao prazo para lançamento de 01/01/2009. Tendo ocorrido em 17/12/2008 a ciência do auto de infração, concluindo que, os fatos geradores lançados não foram atingidos pela decadência.

Afastada a preliminar, passemos ao mérito.

A empresa argumenta que com a edição da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, a COFINS teve sua alíquota majorada de 2 (dois) para 3% (três por cento). Pelas regras definidas em tal Lei, passou a ser considerada, para efeito de cálculo desses tributos, a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes, através de seu art. 3º, § 1º, sendo a supracitada Lei inconstitucional na data de sua edição, é, portanto, nula; pois alterou lei complementar ao modificar a base de cálculo e a alíquota da contribuição previstas na Lei Complementar (LC) nº 70, de 1991, ferindo, assim, a hierarquia das leis.

A decisão DRJ ressaltou nesse sentido que: *“Ademais, a impugnante teve demanda nesse sentido na Justiça rejeitada, ao argüir que a Lei nº 9.718, de 1998, ao revogar*

a isenção da Cofins das prestadoras de serviços, prevista na LC nº 7, de 1970, teria ferido a hierarquia das leis, conforme documentos de fls. 8 a 22.”

Em sede de recurso voluntário, solicita a recorrente que determine a incidência do valores sobre a receita bruta, sem a incidência do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, vez que declarado inconstitucional pelo STF — Supremo Tribunal Federal e ter sido revogado pelo art. 79, XII, da Lei nº 11.941/2009.

Com o advento das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, foi instituído como regra geral o regime de incidência não-cumulativo para o PIS/Pasep, a partir de 1º de dezembro de 2002, e para a Cofins, a partir de 1º de fevereiro de 2004. Contudo, as referidas leis não revogaram por completo o regime de incidência cumulativo até então vigente, que permaneceu como regra de exceção aplicável às pessoas jurídicas e/ou receitas.

Continuam sujeitas às normas vigentes de apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins cumulativas as seguintes pessoas jurídicas: as oriundas de **prestação de serviços**: dentre elas a de informática, decorrentes das atividades de desenvolvimento de software e o seu licenciamento ou cessão de direito de uso, bem como de análise, programação, instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de software, compreendidas ainda como softwares as páginas eletrônicas. Ressalto que a alteração contratual deu-se em 23/08/2010, o fato gerador é de janeiro 2003 a novembro/2003.

A base de cálculo é o faturamento, que corresponde à receita bruta da pessoa jurídica decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

As pessoas jurídicas submetidas ao regime cumulativo das contribuições apuram os valores devidos a título de PIS/Pasep e Cofins mediante a aplicação das seguintes alíquotas: 3% – pessoas jurídicas em geral.

Pelo exposto, a norma continua válida.

Quanto à questão de inconstitucionalidade das normas, carece de competência para sua apreciação; tendo inclusive já pacificado o entendimento em relação ao tema com a edição da Súmula nº 02 abaixo transcrita:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Entretanto, não está se discutindo aqui a inconstitucionalidade daquela norma, já que o STF já a reconheceu em decisão plenária definitiva.

O julgamento do RE 378191 AgR /RJ que bem resume o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PIS. COFINS. LEI Nº 9.718/98.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, apreciou a questão. Ao fazê-lo, esta colenda Corte: a) declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da COFINS), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; e b) entendeu desnecessária, no caso específico, lei complementar para a

majoração da alíquota da COFINS, cuja instituição se dera com base no inciso I do art. 195 da Lei das Leis. No que diz respeito ao § 6º do art. 195 da Carta Magna, esta excelsa Corte já firmou a orientação de que o prazo nonagesimal é contado a partir da publicação da Medida Provisória que houver instituído ou modificado a contribuição (no caso, a MP 1.724/98). De outro giro, no julgamento do RE 336.134, Relator Ministro Ilmar Galvão, esta Suprema Corte reputou constitucional a compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, afastando, deste modo, a alegação de ofensa ao princípio da isonomia. Decisões no mesmo sentido: REs 388.992, Relator Ministro Marco Aurélio, e 476.694, Relator Ministro Cezar Peluso, entre outras. Agravo regimental desprovido.(grifo nosso)

Por sua vez, o art. 26-A da Lei nº 11.941/09 dispõe:

“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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).

§ 5º (Revogado).

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...).”(negritei)

Assim, entendo, que como o pedido foi com base na inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei de nº 9.718/98, a incidência do PIS e da COFINS deve ser sobre o seu faturamento, decorrente da venda de bens e serviços.

Isso posto, afasto a preliminar e dou provimento parcial ao recurso voluntário para ajustar à base de cálculo a decisão do STF relativa ao artigo 3º da lei nº 9.718/98.

Mércia

Helena

Trajano

D'Amorim-

Relator