



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

**Processo n°** 10183.001593/2008-40  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3302-002.704 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 21 de agosto de 2014  
**Matéria** COFINS  
**Recorrente** MM ORIGINAL DISTRIBUIORA DE PETRÓLEO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002,2003,2004,2005,2006

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS - SUMULA CARF - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE.

É defeso aos julgadores administrativos analisar a constitucionalidade das normas legais, competência privativa do Judiciário. Súmula CARF n° 2 - “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da terceira seção de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da relatora.

*(assinado digitalmente)*

WALBER JOSÉ DA SILVA

Presidente

*(assinado digitalmente)*

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Paulo Guilherme Déroulède, Fabiola Cassiano Keramidas, Gileno Gurjão Barreto e Alexandre Gomes.

## Relatório

Trata-se de Autos de Infração lavrados para cobrança de PIS (fls. 03/18) e de COFINS (fls. 19/35), no período de 05/2002 a 12/2006. A ciência do lançamento foi dada ao contribuinte somente em 14/05/2006, conforme AR juntado aos autos (fls. 3385)

Segundo consta dos Autos de Infração e do Relatório de Fiscalização (fls. 38/41) **o lançamento tem por base diferenças apuradas entre as notas fiscais emitidas e o valor das bases indicadas nas respectivas DCTF's**. Foram juntados aos autos centenas de documentos, em especial planilhas demonstrativas da apuração da base de cálculo dos tributos lançados, cópias de notas fiscais, cópias de GIA's de ICMS, dentre outros.

Intimada do lançamento a Recorrente apresentou sua Impugnação (fls. 3.394/3.407) na qual alegou preliminarmente a nulidade do auto de infração por não constar do autos o Termo de Início de Fiscalização.

**No mérito alega que as diferenças na base de cálculo do PIS e da COFINS, apuradas entre os valores que foram submetidos à tributação pela Recorrente, e aqueles apurados pela Fiscalização, referem-se aos valores devidos a título de ICMS (sobre cada operação de venda). A Recorrente excluiu tais valores da base de cálculo das contribuições por entender que não integram o faturamento, tributável pelo PIS e pela COFINS.**

Alega, ainda, a impossibilidade de cobrança de juros e multa sem prévia e exclusiva notificação, bem como a ilegalidade da multa por entendê-la confiscatória.

A DRJ manifestou-se pela manutenção integral do lançamento, em decisão assim ementada (fls. 3.440/3.446):

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

*Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006*

*NULIDADE. TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.*

*Não invalida o lançamento uma eventual irregularidade na emissão do termo de início de*

*fiscalização, quando os objetivos visados pelo ato administrativo tenham sido alcançados. O Mandado de Procedimento Fiscal substitui o termo de início de fiscalização.*

*PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.*

*A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, entendido como tal o resultado da venda de mercadorias e da prestação de serviços. Do faturamento só podem ser excluídos os valores expressamente previstos em lei, entre os quais não se inclui o ICMS, salvo se cobrado na modalidade substituição tributária.*

*MULTA E JUROS. PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E NÃO CONFISCO. LANÇAMENTO AUTÔNOMO.*

*A multa está sujeita ao princípio da proporcionalidade entre a infração e a pena, no se lhe aplicando o princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, que são direcionados aos tributos. O lançamento da multa e dos juros, que são acessórios, deve ser realizado no mesmo auto de infração em que for lançado o tributo, que é o principal.*

*Lançamento Procedente.”*

A Recorrente apresentou seu Recurso Voluntário (fls. 3.464/3.478), reiterando as alegações apresentadas em sua Impugnação.

Vieram-me, então, os autos para decidir.

Em 20/03/2012, este Colegiado expediu a Resolução nº 3302-00.196 para o fim de suspender o julgamento do presente processo em virtude do então disposto no artigo 62-A do RICARF e da matéria referente à discussão de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS estar em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 574.706, sujeito à repercussão geral.

Afastado o dispositivo regimental que determinava a suspensão das matérias em Repercussão Geral, os autos foram distribuídos novamente a esta Relatora para Julgamento.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Relatora FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado a matéria em discussão nos presentes autos referem-se à (i) nulidade do auto de infração em razão da inexistência do Termo de Início de Fiscalização; (ii) indevida inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e COFINS e (iii) ilegalidade e inconstitucionalidade da multa de ofício e da aplicação da Taxa SELIC.

No que se refere à inexistência do **Termo de Início à Fiscalização**, com razão a decisão recorrida. A ausência do Termo não representa necessariamente a nulidade do

procedimento de fiscalização e menos ainda do auto de infração. A contribuinte atendeu a fiscalização e apresentou todos os documentos que entendeu pertinentes para a defesa do seu direito. Mais do que isso, *in casu* a fiscalização utilizou-se de Mandado de Procedimento Fiscal, instrumento que substituiu o Termo de Início de Fiscalização. Não há qualquer vício ou nulidade a ser sanada.

Em relação à **inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins**, rendo-me à conclusão do entendimento de primeira instância administrativa. É que a lei expressamente define as exclusões possíveis da Base de Cálculo das Contribuições, sendo que está expressamente definida a exclusão do valor referente ao IPI e ao ICMS quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador de serviços na condição de substituto tributário (Lei nº 9.718/93, artigo 3º, §2º, inciso I).

A exclusão do ICMS de forma genérica da BC das contribuições, nos termos pretendidos pela Recorrente, significaria legislar positivamente, já que não há permissão legal para este procedimento. Ocorre que aos julgadores administrativos tal providência é defesa.

Outra opção seria julgar o aspecto constitucional da mencionada lei, posto que as contribuições incidem sobre o faturamento, o que impediria a incidência das contribuições sobre valor diverso, como o ICMS.

Todavia, o Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário. Tal decisão resultou na Súmula nº 2, abaixo reproduzida:

***“SÚMULA CARF Nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.***

***PRECEDENTES: Súmulas 2 do 1º e 2º CC a acórdãos: 101-94.876, 103-21568, 105-14586, 108-06035, 102-46146, 203-09298, 201-77691, 202-15674, 201-78180, 204-00115.”***

Desta forma, impossível afastar a incidência do PIS e COFINS sobre o valor referente ao ICMS.

Por derradeiro, cumpre analisar a alegação de inconstitucionalidade da **aplicação da taxa SELIC**. O art. 13 da Lei nº 9.065/1995, dispõe expressamente que, para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, os juros de mora incidentes sobre tributos não pagos no vencimento, serão calculados, a partir de 01/04/1995, com base na taxa SELIC acumulada mensalmente. Por sua vez, o Código Tributário Nacional prevê que os juros moratórios serão calculados à taxa de 1% ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1º). No caso, a Lei dispôs de modo diverso, estando, também, em consonância com o CTN.

Necessário registrar que esta questão já está sumulada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no entendimento de que a Taxa Selic deve ser aplicada para atualização dos débitos federais, a saber:

***“Súmula nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”***

Fica claro, portanto, que não há qualquer ilegalidade no cálculo dos juros de mora efetuado com base na taxa SELIC.

Por fim, no tocante ao aspecto confiscatório da multa de 75%, da afronta ao princípio da capacidade contributiva e todos os demais aspectos constitucionais, consubstanciam-se discussões para serem travadas no poder judiciário, órgão competente para a análise requerida, posto a já mencionada impossibilidade de análise, por este tribunal, da constitucionalidade das normas.

Ante o exposto, é o presente para conhecer do Recurso apresentado e NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo assim a decisão de primeira instância administrativa.

É como voto.

Sala de Sessões, 21 de agosto de 2014.

*(assinado digitalmente)*

FABIOLA CASSIANO KERAMIDAS - Relatora