ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10932.000076/2005-91

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

Processo nº	10932.000076/2005-91
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3302-005.149 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	31 de janeiro de 2018
Matéria	COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente	REAL CENTER MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/07/1999 a 31/05/2004

EXCLUSÃO DO SIMPLES. TRIBUTAÇÃO DA COFINS PELO REGIME CUMULATIVO. ÚNICO REGIME VIGENTE. POSSIBILIDADE.

A exclusão do contribuinte do Simples implica obrigatoriedade da adoção do regime cumulativo de apuração da Cofins, se no período de apuração das contribuições lançadas este era o único regime de apuração da contribuição, com base no faturamento, previsto na legislação.

VENDAS INADIMPLIDAS. EXCLUSÃO DA BASE CÁLCULO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

Por falta de previsão legal, as vendas inadimplidas não podem ser excluídas da receita bruta, para fins de apuração da base de cálculo da Cofins.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA DA VENDA DE MERCADORIAS. FATURAMENTO/RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

A base de cálculo da Cofins compreende o valor total da receita de vendas de mercadorias, que corresponde ao valor total do faturamento, equivalente ao valor total da operação de venda, neste incluído o valor do ICMS.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/07/1999 a 31/05/2004

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO CONFISCATÓRIO. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL (CARF). AFASTAMENTO DA MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O afastamento de multa, em razão de efeito confiscatório, implica apreciação da constitucionalidade da norma legal vigente e eficaz, que serviu de fundamento para a aplicação da multa exigida nos autos.

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

JUROS MORATÓRIOS. COBRANÇA COM BASE NA VARIAÇÃO DA TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

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 (Súmula CARF nº 4).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/07/1999 a 31/05/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Não é passível de nulidade o auto de infração lavrada por pessoa competente, com estrita observância das formalidades legais, devidamente motivado e instruído com os elementos probatórios suficientes à comprovação dos fatos e dos ilícitos tributários.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Guilherme Déroulède, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Walker Araújo, José Fernandes do Nascimento, Diego Weis Júnior, Jorge Lima Abud, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza e José Renato Pereira de Deus.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adota-se o relatório que integra o acórdão recorrido, que segue integralmente transcrito:

Trata-se de impugnação a exigência fiscal relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, formalizada no auto de infração de fls. 388/393. O feito, referente a fatos geradores ocorridos entre Janeiro/1999

[julho/1999] e Maio/2004, resultou na constituição de crédito tributário no total de R$ 123.749,58, somados o principal, multa de ofício e juros de mora incorridos até o mês anterior ao da lavratura.

No TERMO DE VERIFICAÇÃO E CONSTATAÇÃO FISCAL de fls. 374/376, a autoridade autuante assim contextualiza os fatos que motivaram o lançamento:

> No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, concluímos ação fiscal (...) para verificação da regularidade fiscal do contribuinte supra quanto ao IRPJ, relativo ao período de apuração de MARÇO/1999 a DEZEMBRO/2003, e demais verificações obrigatórias quanto aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, referente ao período de apuração de JULHO/1999 a MAI0/2004.
>
> Salientamos que as infrações apuradas a titulo de IRPJ estão sendo tratadas no processo administrativo n° 10932.000076/2005-91 (sic). O presente processo refere-se tão somente das infrações apuradas decorrentes do procedimento de "verificações obrigatórias" relativas a COF1NS, conforme constatações a seguir relatadas:
>
> 1) O contribuinte foi excluído do SIMPLES, mediante Ato Declaratório n° 136.232, de 09/01/1999, por 'apresentar pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e a PGFN', produzindo seus efeitos a partir de 01/03/1999 (fls. 6).
>
> Inconformado com este ato requereu a Revisão de Exclusão do Simples, objeto do processo administrativo n° 13819.001565/2003-92, a qual foi considerada improcedente (fl. 7).
>
> Em 04/12/2003 tomou ciência da intimação para, no prazo de 30 dias, *'entregar todas as declarações de Imposto de Renda ainda não prescritas, adotando o lucro presumido, real ou arbitrado...; entregar as DCTF em atraso; bem como foi informado que os pagamentos efetuados na forma do SIMPLES (cód. 6106) poderia ser objeto de pedido de restituição ou compensação pelo programa PER/DCOMP'* (fls. 10 a 12). Em 20/01/2004, após o transcurso do prazo para cumprimento da intimação (30 dias), foi constatado que o contribuinte não procedeu à sua regularização quanto aos débitos, entrega das DIPJ e DCTF, motivo pelo qual foi considerado improcedente a Revisão de Exclusão do Simples;
>
> 2) Em 14/06/2004 iniciamos a fiscalização no contribuinte supra e, preliminarmente, constatamos que ainda não havia cumprido a intimação qual tomou ciência em 04/12/2003 nos autos do processo administrativo n° 13819.001565/2003-92, especialmente quanto à entrega das DIPJ e DCTF para os períodos posteriores a 01/03/1999 (fls. 17);
>
> 3) 0 contribuinte foi intimado em 08/07/2004 a apresentar as DIPJ, DCTF, Balanço Patrimonial, Livros Diário, Razão, Registro de Entradas/Saídas e Apuração do ICMS referentes aos anos-calendário de 1999 a 2003 (fls. 14 e 15). Entretanto, em 29/07/2004 o contribuinte solicitou prazo até 23/08/2004 para dar cumprimento a esta intimação (fls. 25). Em 04/08/2004 procedemos a nova intimação sendo-lhe solicitado o preenchimento dos disquetes denominados 'Informações à SRF' (fis. 26). Em 13/09/2004, o contribuinte solicitou nova dilação de 30 dias para apresentação dos

livros contábeis/fiscais, pois alegou que os mesmos estavam sendo encadernados (lis. 27). Em 13/10/2004, após o transcurso do novo prazo solicitado, e em 20/10/2004, o *contribuinte foi reintimado a cumprir as intimações lavradas em 08/07/2004 e 04/08/2004 (fls. 29 a 31), vindo a cumpri-las parcialmente em 30/11/2004 (fls. 32). Destaco que até a presente data o contribuinte não entregou as DCTFs dos anos calendário de 2000 a 2004 (fl. 364).*

4) Em consulta aos sistemas da SRF verificamos que o contribuinte efetuou pagamento de tributos somente sob a forma do SIMPLES e protocolizou pedido de compensação destes pagamentos no processo administrativo n°13819.002429/2004-09 (fls. 366 a 373).

5) Assim, considerando que o contribuinte optou e permaneceu indevidamente no regime de tributação SIMPLES e, em face de sua exclusão desse regime, não promoveu sua regularização, conforme determinado em intimação lavrada em 04/12/2003 nos autos do processo administrativo n° 13819.001565/2003-92 de Revisão de Exclusão do Simples e ainda, considerando a apuração efetuada relativa ao não pagamento da COF1NS escriturada e informada na DIPJ (fls. 42 a 316) e nos Demonstrativos de Resultados (fls. 317 a 363), porém não declarada em DCTF(fls. 364), constatamos que o contribuinte incorreu nas seguintes infrações:

COF1NS - Diferença apurada entre o valor escriturado e o pago (verificações obrigatórias): embora o contribuinte não tenha entregado suas DCTF's, parte das "Receitas de Vendas" foi escriturada no livro Razão e informada na DIPJ e DRE mensal, sendo que tais valores determinaram a apuração de base de cálculo da COF1NS devida, porém constatamos que não houve seu pagamento. Assim, em face dos artigos 247 e 841 do RIR/99, procedemos ao presente lançamento de ofício para exigibilidade da COF1NS dos períodos de apuração de Julho/1999 a Maio/2004.

Em razão de seus objetivos, a presente ação fiscal se ateve a verificação do cumprimento das obrigações tributárias relativas à COFINS, restritas ás "Verificações Obrigatórias" referentes ao período de JULHO/1999 a MAIO/2004, (...)

Cientificada da autuação em 29/09/2005 (fl. 388), a autuada postou a impugnação de fls. 396/484 e documentação de paginas seguintes na qual alega em síntese e fundamentalmente:

• Preliminarmente, a nulidade do auto de infração por conta do que entende ser a sua ilegal exclusão do universo do regime de tributação pelo SIMPLES. Relata a empresa, inicialmente, haver optado pelo SIMPLES em 01/01/1999, sendo desse sistema excluída em 01/03/1999. Irresignada com a exclusão, diz ter protocolado, em 05/03/1999, "Solicitação de Revisão de Vedação/Exclusão a opção pelo SIMPLES". Como decorrência desse ato, a seu ver, teria ocorrido a suspensão dos efeitos do ato de exclusão, na forma disposta no artigo 151, III, do Código Tributário Nacional. Acrescenta que durante o mencionado período de suspensão, teria aderido ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, parcelando os débitos existentes junto a União Federal e ao INSS, parcelamento que é causa suspensiva da exigibilidade dos débitos tributários. Com base nessa situação, conclui não mais existir a causa motivadora da exclusão da contribuinte do SIMPLES, restando nulo o ato de exclusão. Nessa ordem de idéias, se não existe a alegada causa de exclusão do SIMPLES, não pode a Impugnante dele ser

excluída, e não pode a mesma ser tributada pelo Lucro Real com base em tal exclusão, pelo que o Auto de Infração aqui hostilizado não pode subsistir, sob pena de estar subvertendo as disposições legais aplicáveis oi espécie, com todas as terríveis conseqüências que dai advêm.

• Ainda em sede preliminar, [aponta] equívoco na apuração da base de cálculo pela inclusão de valores referentes a cheques depositados na conta corrente da autuada, mas que não foram compensados por insuficiência de fundos.

Acrescenta que a autoridade autuante, erroneamente, considerou na base de cálculo ainda os lançamentos no crédito e no estorno, bem como na segunda apresentação, como estaria demonstrado em planilha. Assim, boa parte da base de cálculo adotada no que concerne à suposta omissão de receitas diz respeito a receitas que não se realizaram, pois se tratam de cheques depositados e não compensados. Argumenta, em resumo, pela nulidade do auto de infração por ofensa ao principio da legalidade que deve nortear os atos administrativos. Diz que o art. 849 do RIR/1999 estabelece expressamente que os depósitos bancários somente poderio ser caracterizados como omissão de receita quando o titular da conta de depósitos não comprovar a respectiva origem. Nesse contexto, afirma que a origem dos valores depositados na conta bancária da Impugnante está documentalmente comprovada, inclusive com ajuntada a estes autos de cheques que foram devolvidos e, como tal, não podem integrar a base de cálculo;

• a nulidade do auto de infração também se evidenciaria pela ausência dos requisitos formais de validade. Entende não ser possível verificar de onde foram retiradas as informações que deram origem à peça atacada. Opina tratar-se de documentos apócrifos, eis que desprovidos do rigor técnico indispensável à sua regularidade. Diz haver nos autos um mero Demonstrativo de Fiscalização, onde o Impugnado se limita a apresentar números sem, no entanto, ao menos indicar a origem dos mesmos. Argumenta ser indispensável, para a validade do ato administrativo, a prova da ocorrência dos fatos jurídico-tributários alegados, situação que considera não configurada na espécie;

• em uma outra vertente de sua defesa, a autuada contesta a autuação com base no lucro real argüindo, inicialmente, que, sendo ilegal sua exclusão do regime do SIMPLES, a autuação deveria ser pautada por esse regime. Depois, argúi que, fosse obedecido o regime de tributação pelo lucro presumido, a exação imposta seria bem menos gravosa. Insistir na exigência com base no lucro real seria, a seu ver, afrontar o principio vedação do confisco, violar o direito de propriedade e insultar as diretrizes da capacidade contributiva e da isonomia, garantidas pela Constituição. No caso dos autos, ressalta, a Impugnante fez a opção pelo lucro real sob muita pressão, pois havia sido excluída do SIMPLES e sofria, ao mesmo tempo, procedimento de fiscalização que resultou na autuação aqui

atacada. (...) A opção da Impugnante pelo regime tributário do Lucro Real - que lhe é mais gravoso - deve, pois, ser relativizada, sob pena de ferimento a um principio constitucional que, como visto a exaustão, é soberano;

• Além da tributação mais gravosa pelo lucro real, a contribuinte ainda contesta que a autuação deixou de considerar a não-cumulatividade do PIS/COFINS, instituída pela Lei no 10.833, de 2003, e pela Lei no 10.865, de 2004, devendo-se reconstruir a base de cálculo de acordo com o regime de créditos previsto em tais diplomas;

• Deveria ser excluída da base de cálculo da COFINS a parcela referente ao ICMS, já que esta não representaria receita da impugnante, sob pena de afronta e negativa de vigência ao disposto no artigo 2° da Lei Complementar n° 70, de 1991, e ao artigo 110 do CTN;

• em relação As bases de cálculo do PIS e da Cofins, argumenta a autuada que delas deveriam ser excluídos os valores das receitas não realizadas, notadamente, aquelas referentes aos pagamentos recebidos pela Impugnante em cheques que, quando apresentados, restaram não compensados, por insuficiência de fundos. Percorrendo a evolução legislativa dessas contribuições, argúi a autuada, partindo do disposto no § 2° do artigo 3° da Lei no 9.718, de 1998, que a inadimplência do adquirente é causa do cancelamento da venda para fins de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins. Desenvolve raciocínio com o objetivo de investigar que a intenção legal do mencionado dispositivo foi a de eleger como base de cálculo das contribuições a receita líquida da empresa, assim entendida a receita bruta subtraída de determinadas parcelas despidas de conteúdo econômico, como, por exemplo, as vendas canceladas. Argumentando sobre as características da operação de compra e venda, alcança a conclusão de que o descumprimento do compromisso do comprador em pagar o preço da mercadoria, pela devolução dos cheques por este emitido, importaria no cancelamento da operação de venda, cuja conseqüência seria a exclusão dos valores correspondentes das bases de cálculo do PIS e da Cofins, como dispõe o art. 3°, § 2°, II da Lei n° 9.715, de 1998, sob pena de submeter a Impugnante a tributação confiscatória em ofensa ao art. 150, VI, da CF, de 1988.

• no que se refere à imposição de multas, diz a autuada que a autuação em tela envolve a aplicação de multa punitiva e de multa moratória. Entende que somente a ocorrência de afronta à legislação tributária pode fundamentar a imposição de penalidades. No caso em tela, a contribuinte não teria violado lei tributária alguma, como teria ficado exaustivamente demonstrado. Diz que vinha recolhendo reiteradamente os tributos no âmbito do SIMPLES, fato que, tornando-se costume, atestaria sua boa-fé, devendo-se afastar a aplicação das multas, sob pena de afronta ao inciso III, art. 100 do Código Tributário Nacional. Contesta o percentual das multas impostas, argüindo ainda não terem sido comprovados os requisitos necessários à aplicação da penalidade fixada em 75%, vislumbrando nesses índices ainda inconstitucionalidade por caracterização de confisco;

• do mesmo argumento acima se vale para ver afastada a aplicação dos juros de mora até 31/12/2005: nestas condições, atestada a boa-fé da impugnante que só veio a tomar conhecimento de que, supostamente, deveria recolher os tributos sob outra sistemática que *não a do SIMPLES quando da sua intimação acerca do ato aqui hostilizado, de modo que os juros e a atualização monetária só podem passar a incidir a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao do ato administrativo aqui atacado.*

Cita acórdão do STJ a apoiar sua tese.

• contesta a fluência da taxa Selic a titulo de juros de mora, índice que considera inconstitucional por ter caráter de remuneração de capital, por não ter sido definida em lei, por resultar na prática de *anatocismo. A seu ver os juros de mora deveriam ficar no patamar de 1% ao mês, nos termos do art. 161 do CTN.*

Sobreveio a decisão de primeira instância (fls. 2322/2338), em que, por unanimidade de votos, a impugnação foi julgada procedente em parte, com base nos fundamentos resumidos nos enunciados das ementas que seguem transcrito:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/07/1999 a 31/05/2004

NULIDADE. INOCORRÊNCIA._

Descabe cogitar da nulidade do lançamento quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do crédito tributário.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA.

O controle da constitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário, centrado em última instância revisional no Supremo Tribunal Federal, sendo, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais, de forma original, reconhecer alegada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que fundamenta o lançamento. O julgamento administrativo é atividade que se limita a examinar a validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

LANÇAMENTO. REGIME DE NÃO-CUMULATIVIDADE. NÃO CONSIDERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Improcedente o lançamento que não considera, para o contribuinte submetido ao lucro real, o regime de tributação para a COFINS fundado na sistemática de não-cumulatividade. (a partir de 01/02/2004).

COFINS. BASE DE CALCULO. ICMS. INCLUSÃO.

A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no prego da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO E CONFISSÃO. MULTA DE OFÍCIO.

Correta a formalização de oficio, mediante auto de infração e com a penalidade especifica de 75%, do tributo não espontaneamente confessado e não recolhido.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Lançamento Procedente em Parte

Em 17/12/2008, a recorrente foi cientificada da decisão. Inconformado, em 16/1/2009, protocolou o recurso voluntário de fls. 2356/2480, em que reafirmou as razões de defesa suscitadas na peça impugnatória. Em aditamento, a recorrente alegou que o acórdão recorrido era incongruente, porque não havia analisado a matéria constitucional, o que não poderia ocorrer, uma vez que a atividade julgadora era inteiramente vinculada aos parâmetros da legalidade. Pela mesma razão, alegou que este Conselho deveria analisar a matéria constitucional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso foi apresentado tempestivamente, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

Previamente, cabe esclarecer que, na decisão de primeira instância, foram cancelados a cobrança dos valores integrais dos débitos da Cofins dos meses (i) de julho de 1999 a agosto de 2000, por estarem extintos pela decadência e (ii) de fevereiro de 2004 a maio de 2004, em razão da utilização do regime cumulativo em vez do regime não cumulativo de apuração da contribuição. E como não houve interposição de recurso de ofício, por não ter ultrapassado o limite de alçado, essa parte da decisão tornou-se definitiva.

Em relação aos débitos remanescentes, a lide envolve questões preliminares e mérito. A recorrente alegou, em preliminar a nulidade da autuação e no mérito a sua improcedência.

Da preliminar de nulidade do auto de infração.

Em preliminar, a recorrente alegou nulidade da autuação baseada nos argumentos de que houvera (i) ilegalidade da sua exclusão do Simples, (ii) equivoco na apuração da base de cálculo e (iii) ausência dos requisitos formais de validade do ato.

A exclusão da recorrente do Simples foi analisada no âmbito do processo nº 13819.001565/2003-92 e consumada por meio do Ato Declaratório n° 136.232, de 09/01/1999, por apresentar pendências junto ao INSS e a PGFN, produzindo seus efeitos a partir de 01/03/1999 (fls. 12). Inconformado com este ato requereu a Revisão de Exclusão do Simples, a qual foi considerada improcedente por meio do despacho decisório de fl. 7.

Com base nesses esclarecimento, fica demonstrado que a exclusão do Simples já foi decida no âmbito do citado processo, portanto, trata-se de matéria estranha aos presentes autos e que, dada o caráter definitivo da referida decisão de exclusão, certamente, tal fato em nada afeta a higidez do presente lançamento.

No que tange ao equívoco na apuração da base de cálculo, em razão da inclusão de valores não efetivamente realizados (cheques não compensados e devolvidos), trata-se de questão de evidente natureza meritória, que será analisada no tópico específico sobre tais questões.

Também não procede o argumento de ausência dos requisitos formais de validade do auto de infração em apreço, porque a recorrente não se dignou apresentar qualquer vício formal do lançamento, mas apenas alegações genéricas sobre a não comprovação da "ocorrência do fato imponível". Sabidamente, os requisitos formais do lançamento encontram-se estabelecidos no art. 10 do Decreto 70.235/1972 e, no caso em tela, eles foram devidamente cumpridos.

Por essas razões, resta evidenciado que, diferentemente do alegado pela recorrente, não há qualquer vicio de ilegalidade que possa conspurcar a higidez do presente auto de infração. Logo, rejeita-se a presente preliminar de nulidade.

Das Questões de Mérito.

No mérito, a recorrente alegou que: a) se excluída do Simples a tributação a ser-lhe aplicada era do regime mais favorável, ou seja, com base no lucro presumido e não com base no lucro real, mais gravosa; b) a persistir a tributação da pelo regime do lucro real que fosse observada o regime da não cumulatividade para a determinação da base de cálculo; c) era necessária a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da Cofins; d) houve erro na apuração da base de cálculo com não a exclusão dos valores dos cheques devolvidos; e) os juros somente incidiriam a partir de janeiro de 2006, quando fora cientificada da sua exclusão definitiva do Simples; f) a multa de ofício aplicada era indevida, uma vez que a recorrente não cometera ato ilícito, tendo recolhido seus tributos conforme legislação vigente; e g) o cálculo dos juros moratórios com base na taxa Selic era ilegal e inconstitucional.

Da exclusão do Simples e do regime de tributação a ser adotado

A recorrente alegou que, se mantida exclusão do Simples, os novos tributos devidos deveria ser apurados com base no regime do lucro presumido, em vez do lucro real mais gravoso, adotado pela fiscalização.

Sem amparo legal a alegação da recorrente. Com efeito, com a exclusão do Simples, a recorrente foi assegurado o direito de optar pelo forma de tributação com base no lucro presumido, na forma e no prazo estabelecidos no art. 26 da Lei 9.430/1996. Entretanto, mesmo intimada a exercer tal opção, a recorrente permaneceu omissa. Nesse contexto, a autoridade fiscal poderia adotar a forma de tributação com base no lucro arbitrado ou o lucro real e optou por aplicar a forma de tributação pelo lucro real, porque a recorrente apresentara os elementos adequados para adoção deste último regime de tributação. Ademais, em relação às declarações apresentadas, a recorrente optara pelo lucro real, segundo os pertinentes esclarecimentos apresentados no trecho do voto condutor julgado recorrido, a seguir transcrito:

> *Vale dizer que a contribuinte, ciente da decisão de exclusão do regime de tributação pelo Simples já em 1999 (fls. 6/7), não promoveu a opção pelo regime do lucro presumido em relação ao ano-calendário subseqüente ao da exclusão, 2000, persistindo, mesmo estando excluída do SIMPLES, em se submeter à tributação por aquele regime. Acresça que em intimação copiada à fl. 10, a fiscalizada foi instada a apresentar as declarações de Imposto de Renda ainda não prescritas, adotando os regimes do Lucro Presumido, Real ou Arbitrado. Tais declarações foram reunidas a partir da fl. 42 e em todas elas, o regime de tributação escolhido é o do lucro real.*

Entretanto, para fins de tributação da Cofins, no caso em tela, não tem relevância a pretensão da recorrente de ser tributada pelo regime de lucro presumido, por lhe ser mais favorável.

Ora, se o único regime de tributação da Cofins, vigente no período da autuação era o regime cumulativo não tem o menor sentido a pretensão da recorrente de ser tributada pelo regime não cumulativo ainda não instituído.

Dada essa circunstância, em relação aos débitos remanescentes, o regime de apuração cumulativo foi corretamente adotado pela fiscalização, especialmente, porque, o regime não cumulativo de apuração da Cofins somente entrou em vigor a partir do mês de fevereiro de 2004 e não há mais litígio em relação aos débitos apurados a partir desse mês, uma vez que todos eles foram cancelados pela decisão definitiva.

Assim, se foi corretamente aplicado o regime cumulativo na apuração dos débitos remanescentes da Cofins não merece reparo os lançamentos mantidos pela decisão de primeiro grau.

Da exclusão do ICMS da base de cálculo

A recorrente também alegou que, apesar de não haver previsão no art. 2º da Lei Complementar 70/1991, o valor do ICMS deveria ser excluído da base de cálculo da Cofins, por não representar receita ou faturamento.

Previamente, cabe esclarecer que, no período da autuação, a base de cálculo da Cofins encontrava-se definida no art. 3º da Lei 9.718/1998 e as exclusões taxativamente elencadas no § 2º do referido preceito legal.

Sabidamente, trata-se de matéria que foi apreciada pelo pleno Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706/PR, sob regime de repercussão geral e, no citado julgamento, foi reconhecida a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da Cofins, nos termos da ementa que segue reproduzida:

> *EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*
>
> *2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*
>
> *3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*
>
> *4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*[1]

Acontece que, até presente data, o referido acórdão ainda não transitou em julgado. A consulta realizado ao sítio do STF revelou que ainda se encontra pendente de julgamento os embargos da Fazenda Nacional. Dada essa condição, não se adota aqui o entendimento que fora explicitado no referido julgado, por não atender a condição determinada no art. 62, § 2º, do RICARF/2015, e não está em consonância com o entendimento deste Relator, exposto anteriormente em vários votos, pelas razões a seguir aduzidas.

No período de apuração dos débitos remanescentes, a matéria encontrava-se disciplinada no art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/1998, a seguir transcrito:

> *Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.(Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)(Vide arts. 49 e 98 daMP nº 627, de 11 de novembro de 2013)*
>
> *[...]*

[1] BRASIL. STF. RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017.

> *§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:*
>
> *I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e* ***o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário****; (Vide arts. 49 e 98 daMP nº 627, de 11 de novembro de 2013)*
>
> *[...]* (grifos não originais)

A leitura do preceito legal em destaque revela que somente o valor ICMS cobrados nas operações submetidas ao regime de substituição tributária podiam ser excluído da base de cálculo das citadas Contribuições. A contrário senso, o valor do ICMS cobrados nas demais modalidades de operações, situação em que se enquadra o caso em apreço, por falta de previsão legal, deveria compor a referida base cálculo.

Deveras, o faturamento compreende o valor total da operação de venda, nele incluído, inequivocamente, o valor do ICMS. Aliás, a própria base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o valor do próprio do ICMS incidente na operação, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. Trata-se da metodologia de cálculo, denominada de "método por dentro", em que o imposto é incluído no valor da mercadoria, constituindo o destaque do valor do imposto mero controle escritural. Assim, se há previsão de incidência do ICMS sobre o valor do próprio imposto, com mais razão não há óbice legal para que também integre a base de cálculo de outros tributos calculados sobre a receita ou faturamento, a base de cálculo eleita para apuração da Cofins.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF[2]), reafirmada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 582.461/SP, sob o regime de repercussão geral, cujo trecho do enunciado ementa, pertinente ao assunto em apreço, segue transcrito:

> *1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.*
>
> *[...]*
>
> *3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes.* ***A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente****, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei*

[2] O tema já foi apreciado pelo STF, no julgamento do RE nº 212.209, ementado nos seguintes termos: "Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido." (RE 212209, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/1999, DJ 14-02-2003 PP-00060 EMENT VOL-02098-02 PP-00303)

> *complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.*
>
> *[...]*
>
> *5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.* (STF. Tribunal Pleno. RE 582461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/5/2011, DJe-158 divulg 17-08-2011) - grifos não originais

Cabe destacar ainda que, após a perda da eficácia da medida liminar prolatada no âmbito da citada ADC, o plenário do STF retomou o julgamento do RE nº 240.785/MG, que se encontrava suspenso. No julgado, realizado em 08/10/2014, por maioria, o plenário decidiu que o valor do ICMS não integrava a base de cálculo das referidas contribuições, conforme se infere nos enunciados das ementas que seguem transcritos:

> *TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.*
>
> *COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.* (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014)

A referida decisão se tornou definitiva em 23/2/2015, com seu trânsito em julgado, porém, por se tratar de decisão definitiva de mérito não submetida à sistemática de repercussão geral, definida no art. 1.035 do novo CPC (Lei 13.105/2015) e, portanto, por não atender os requisitos do art. 62, § 2º, do Anexo II do vigente Regimento Interno deste Conselho (RICARF/2015), não há obrigatoriedade da sua reprodução nos julgamentos deste Conselho.

Na esfera infraconstitucional, especialmente, no âmbito do STJ, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que o valor do ICMS integra sim a base de cálculo das referidas contribuições, conforme explicitado nos enunciados das Súmulas STJ 68 e 94, a seguir transcritos:

> *SÚMULA 68: A PARCELA RELATIVA AO ICM INCLUI-SE NA BASE DE CALCULO DO PIS.*
>
> *SÚMULA 94: A PARCELA RELATIVA O ICMS INCLUI-SE NA BASE DE CÁLCULO DO FINSOCIAL.*

Após a edição das referidas, a questão foi novamente analisada no julgamento REsp 1.144.469/PR, e o tribunal confirmou a referida jurisprudência, conforme explicitado nos enunciados da ementa que seguem reproduzidos:

> *RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.*
>
> *1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".*
>
> *2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n.*
>
> *582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.*
>
> *2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.*
>
> *2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.*
>
> *2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. Nº 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp.Nº 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.*
>
> *2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.*
>
> *3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.*
>
> *4. Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de*

sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax on tax").

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolançamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ: Súmula n. 191/TFR: "É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes".

Súmula n. 258/TFR: "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM".

Súmula n. 68/STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".

Súmula n. 94/STJ: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO-APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: "O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica".

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL. (REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Assim, com base nessas considerações e por entender que o valor do ICMS integra a base de cálculo da Cofins, bem como por ainda não haver decisão definitiva de mérito, na sistemática de repercussão geral, proferida pelo STF, este Relator propugna pela manutenção da cobrança da Cofins calculada sobre o valor do ICMS.

Do erro de apuração da base de cálculo em face da não exclusão dos créditos inadimplentes

A recorrente também alegou equívoco na apuração da base de cálculo da contribuição, com base no argumento de que nela foram incluídos os valores de receitas não efetivamente realizados, decorrentes de cheques não compensados e devolvidos. Em consequência desse equívoco, asseverou a recorrente que o lançamento havia afrontado o princípio da estrita legalidade.

Com base no art. 849 do RIR/1999, a recorrente alegou que os depósitos bancários somente poderão ser caracterizados como omissão de receita quando o titular da conta de depósitos não comprovar a origem dos mesmos.

O preceito regulamentar em destaque refere-se a depósitos bancários sem origem lícita de comprovação, portanto, não se aplica ao caso em tela. No caso, a apuração do crédito tributário lançado foi feita com base no valor da receita bruta de venda declarado pela própria recorrente na DIPJ e na DRE, conforme esclarecido no excerto do voto condutor do julgado recorrido, que segue transcrito:

> *A autuação tratada nos presentes autos, como sobressai da leitura do TERMO DE VERIFICAÇÃO E CONSTATAÇÃO FISCAL de fls. 374/376, decorre da simples confrontação entre os valores das bases de cálculo da COFINS apurados pela própria impugnante em sua DIPJ, não confessados em DCTF e não pagos. A apuração da base de cálculo foi elaborada pela própria contribuinte e consta das DIPJ juntadas a partir das fls. 42, sendo incompatível a argumentação de erro na apuração da base de cálculo por parte da autoridade administrativa ou ainda a alegação de que o autuante não teria reunido as provas da infração, eis que a apuração da base de cálculo competiu ao próprio sujeito passivo, não cabendo, também sob este aspecto, cogitar-se de nulidade do auto de infração.*

E do referido valor da receita declarado, sem aparo legal, a recorrente alegou que era admitida a exclusão dos valores das receitas de venda não realizados financeiramente ou não recebidos, referentes a cheques não compensados e devolvidos.

Sabidamente, trata-se de exclusão sem previsão legal, uma vez que não se contemplada no rol taxativo do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/1998, que assegura a exclusão da base de cálculo da Cofins dos valores das vendas canceladas, dos descontos incondicionais concedidos, as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas. No citado preceito legal, não há previsão para dedução das perdas decorrentes da inadimplência ou não recebimento dos créditos decorrentes das vendas, que, sabidamente, é evento contábil diverso das vendas canceladas, dos descontos incondicionais, das reversões de provisões e recuperações de créditos, estes expressamente excluídos da base de cálculo.

Ressalta-se ainda, a titulo de esclarecimento, que em razão do principio contábil da competência, a inadimplência decorrente da devolução de cheques depositados não desnatura a receita auferida e não desobriga o seu reconhecimento na escrituração. Pelo mesmo fundamento, também a devolução do cheque não corresponde, como alegou a recorrente, a cancelamento de vendas, mas a mera inadimplência, não tendo qualquer efeito sobre o montante das receitas a serem reconhecidas e utilizadas como base de cálculo da Cofins. Portanto, não merece qualquer reparo o valor da base de cálculo corretamente utilizado na apuração dos débitos remanescentes da contribuição que integram o presente auto de infração.

O mesmo entendimento manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.029.434/CE, cujos enunciados da ementa seguem transcritos:

> *TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. ARTIGO 3º, § 2º, I, DA LEI 9.718/98. HIGIDEZ CONSTITUCIONAL RECONHECIDA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO. EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. "VENDAS INADIMPLIDAS". ALEGADA EQUIPARAÇÃO COM "VENDAS CANCELADAS". ANALOGIA/EQÜIDADE. INAPLICABILIDADE. ARTIGOS 111 E 118, DO CTN. OBSERVÂNCIA.*
>
> *1. A base de cálculo da COFINS e do PIS restou analisada pelo Eg. STF que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.*
>
> *2. Consectariamente, as deduções da base de cálculo das contribuições em tela, elencadas no § 2º, do mesmo artigo, tiveram sua higidez mantida, merecendo destaque, para deslinde da presente controvérsia, as exclusões insertas em seu inciso I: "§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta: I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;"*
>
> *3. Insurgência especial que pugna pela exclusão, da base de cálculo da COFINS e do PIS, dos valores relativos ao fornecimento de energia elétrica que, embora faturados, não ingressaram efetivamente no caixa da empresa, devido à inadimplência dos consumidores.*
>
> *4. Entrementes, **o inadimplemento do consumidor não equivale ao cancelamento da compra e venda, no qual ocorre o***

desfazimento do negócio jurídico, denotando a ausência de receita e, conseqüente, intributabilidade da operação.

5. Isto porque o cancelamento da venda caracteriza-se pela devolução da mercadoria vendida ante a rescisão ou resilição do negócio jurídico, em virtude da inadimplência do comprador ou sua desistência ou de ambos os contratantes, entre outros motivos, implicando na anulação dos valores registrados como receita de vendas e serviços.

6. Por outro lado, muito embora possa a inadimplência resultar no cancelamento da venda e conseqüente devolução da mercadoria, ***a "venda inadimplida", caso não seja efetivamente cancelada, importa em crédito a favor do vendedor, oponível ao comprador, subsistindo o fato imponível das contribuições em comento, vale dizer, o faturamento, que se configura quando a pessoa jurídica realiza uma operação e apura o valor desta como faturado***.

7. Nada obstante, "o bem fornecido pela impetrante (energia elétrica) não é passível de devolução em nenhuma hipótese, pois o mesmo se exaure (é consumido) instantaneamente, ou concomitantemente, com o seu fornecimento, sendo impossível, portanto, falar em venda cancelada" (contra-razões da Fazenda Nacional - fl. 276).

8. Ademais, ***o posterior inadimplemento de venda a prazo não constitui condição resolutiva da hipótese de incidência das exações em tela, uma vez que o Sistema Tributário Nacional estabeleceu o regime financeiro de competência como a regra geral para apuração dos resultados da gestão patrimonial das empresas****. Mediante o aludido regime financeiro, o registro dos fatos contábeis é realizado a partir de seu comprometimento e não do efetivo desembolso ou ingresso da receita correspondente.*

9. ***Os pactos privados não influem na relação tributária, pela sua finalidade plurissubjetiva de satisfação das necessidades coletivas, não sendo lícito ao contribuinte repassar o ônus da inadimplência de outrem ao Fisco****. É nesse sentido que o artigo 118 dispõe*

"Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se: I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos."

10. Outrossim, ***a exclusão das reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda da base de cálculo do PIS e da COFINS, ex vi do inciso II, do § 2º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, corrobora o entendimento de que as "vendas inadimplidas" não se encontram albergadas na expressão "vendas canceladas", não podendo, por analogia, implicar em exclusão do crédito tributário****, tanto mais que a isso equivaleria afrontar o artigo 111, do CTN, verbis:*

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

11. A analogia não pode implicar em exclusão do crédito tributário, porquanto criação ou extinção de tributo pertencem ao campo da legalidade.

12. No plano pós-positivista da Justiça Tributária, muito embora receita inadimplida economicamente não devesse propiciar tributo, é cediço que o emprego da eqüidade não pode dispensar o pagamento do tributo devido (§ 2º, do artigo 108, do CTN).

13. Abalizada doutrina tributarista define a eqüidade como a "aplicação dos princípios derivados da idéia de justiça (capacidade contributiva e custo/benefício) ao caso concreto", não se podendo, entretanto, confundir a eqüidade com instrumento de "correção do Direito" ou de interpretação e suavização de penalidades fiscais: "O eqüitativo e o justo têm a mesma natureza. A diferença está em que o eqüitativo, sendo justo, não é o justo legal. A lei, pelo seu caráter de generalidade, não prevê todos os casos singulares a que se aplica; a falta não reside nem na lei nem no legislador que a dita, senão que decorre da própria natureza das coisas. A eqüidade, ainda segundo Aristóteles, autoriza a preencher a omissão com o que teria dito o legislador se ele tivesse conhecido o caso em questão." (Ricardo Lobo Torres, in Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário, 4ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006, págs. 115/116).

*14. Destarte**, a opção legislativa em não inserir as "vendas inadimplidas" entre as hipóteses de exclusão do crédito tributário atinente ao PIS e à COFINS não pode ser dirimida pelo intérprete, mesmo que a pretexto de aplicação do princípio da capacidade contributiva, notadamente em virtude da ausência de perfeita similaridade entre os eventos econômicos confrontados**.*

15. A violação eventual dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva encerram questões constitucionais insindicáveis pelo Eg. STJ.

16. Precedentes do STJ: REsp 751.368/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 31.05.2007; REsp 953.011/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.10.2007; e REsp 956.842/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 12.12.2007).

17. Recurso especial a que se nega provimento.[3] (grifos não originais)

[3] BRASIL. STJ. REsp 1029434/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 18/06/2008.

Com base nesses fundamentos, fica demonstrado que não houve suscitado equívoco na apuração da base de cálculo.

Do efeito confiscatório e indevida cobrança da multa de ofício aplicada

A recorrente alegou que a multa de ofício aplicada era indevida, uma vez que a recorrente não cometera ato ilícito, tendo recolhido valores dos débitos do Simples, conforme legislação vigente.

Sem razão a recorrente. Com a exclusão do Simples, os débitos da Cofins apurados segundo regime cumulativo não recolhidos, portanto, devida a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/1996, que, na data dos fatos, tinha a seguinte redação, *in verbis*:

> *Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*
>
> *I - de setenta e cinco por cento, **nos casos de falta de pagamento ou recolhimento**, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*
>
> *[...]* (grifos não originais)

A recorrente alegou ainda que a multa de ofício aplicada tinha efeito confiscatório.

Se a referida multa tem ou não efeito confiscatório, trata-se de questão que envolve apreciação da constitucionalidade da norma veiculada no citado preceito legal, matéria que, sabidamente, foge da competência deste Colegiado julgador.

Por essa razão, não se toma conhecimento dessa questão, que é vedado à instância administrativa de julgamento apreciá-la, conforme expressamente determinado no art. 26-A[4] do Decreto nº 70.235, 06 de março de 1972 (PAF), com redação dada Lei nº 11.941, de 2008. Tal atribuição é reservada, em caráter privativo, ao Poder Judiciário.

[4] "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)
[...]
§ 6o O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)"

No âmbito deste Conselho, tal vedação encontra-se determinada no art. 62[5] do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF 343/2015, com as alterações posteriores, e consolidada na sua jurisprudência, conforme disposto no enunciado da Súmula CARF nº 2, que tem o seguinte teor, *in verbis*: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Da cobrança dos juros de mora

Em relação aos juros de mora e a correção monetária, a recorrente alegou que eles somente deviam incidir somente a partir de 1° de janeiro de 2006, momento em que teria tomado conhecimento da decisão de exclusão definitiva do Simples, excluindo-se a incidência destes, portanto, das competências referente aos anos de 2000 a 2005, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o inciso III do artigo 100 do CTN.

Mais uma alegação sem fundamento. A exclusão do Simples, nos termos da lei, é feita por meio de ato de natureza declaratória, cujos efeitos, sabidamente, emanam a partir da ocorrência do evento excludente e não quando o contribuinte excluído toma ciência da decisão definitiva na esfera administrativa, prolatada no âmbito do correspondente processo administrativo.

Nesse sentido, expressamente dispunha a Lei 9.317/1996, na época vigente, que o momento a ser considerado para a exclusão do citado regime simplificado de tributação era a partir do mês subsequente ao em que incorrida a situação excludente. No caso específico, dispunha o artigo 15, II, que as situações excludentes previstas no art. 9°, XV, (débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, sem suspensão da exigibilidade), surtiriam efeitos no mês seguinte à sua ocorrência. Para que não reste dúvida a respeito, seguem transcritos os pertinentes preceitos legais extraídos do citado diploma legal:

> *Art. 9° Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:*
>
> *[...]*
>
> *XV - que tenha débito inscrito em Dívida Ativa da União ou do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*

[5] "Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
§ 1º O disposto no caput 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; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)
II - que fundamente crédito tributário objeto de:
a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;
b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)
c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e
e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)"

> *[...]*
>
> *Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:*
>
> *[...]*
>
> *II - **a partir do mês subseqüente ao em que incorrida a situação excludente**, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XVIII do art. 9º;*
>
> *[...]*
>
> *Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.* (grifos não originais)

Assim, se os débitos remanescentes da Cofins, objeto da presente autuação, já se encontravam vencidos deste a data fixada na legislação para o pagamento tempestivo, por força do disposto no art. 161 do CTN, independentemente do motivo da falta do pagamento, eles estavam sujeitos aos acréscimos dos juros moratórios desde a data do vencimento, calculados com base na variação da taxa Selic, consoante estatuído no art. 13 da Lei 9.065/1995, e nos arts 6º, § 2º, e 61, § 3°, da Lei 9.430/1996.

Da ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa Selic

Ainda sobre a incidência dos juros moratórios, a recorrente que, para a atualização dos débitos tributários lançados, percentual de juros de mora admitido era de 1% ao mês. Para a recorrente, a taxa Selic, que a lei pretende equiparar aos juros moratórios, possuía inequívoca natureza remuneratória e a sua utilização feria a regra contida no art. 161, § 1°, do CTN e no art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Mais uma vez, sem razão a recorrente. A cobrança dos juros moratórios, com base na variação da taxa Selic, está em perfeita consonância com o disposto no § 1º do art. 161 do CTN, que estabelece o seguinte, *in verbis*:

> *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.*
>
> *§ 1º. **Se a lei não dispuser de modo diverso**, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*
>
> *(...).* (grifos não originais)

E em conformidade com disposto no transcrito preceito legal, o § 3º do art. 61 da Lei 9.430/1996, estabeleceu o seguinte regramento, *in verbis*:

> *Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica,*

> *serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

Sobre o assunto, já se pronunciou o STJ e, expressamente, reconheceu a constitucionalidade da cobrança do referido gravame com base variação da Selic, conforme exposto na enunciado da ementa do acórdão proferido no julgamento do REsp 803.707/PR (Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.08.2006), a seguir reproduzida:

> *TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MULTA DE MORA. ART. 61 DA LEI N. 9.430/1996. BASE DE CÁLCULO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. ART. 161, § 1º, DO CTN.*
>
> *1. Constitui a base de cálculo da multa de mora prevista no art. 61 da Lei n. 9.430/1996 o valor principal da dívida atualizado pela taxa Selic.*
>
> *2. É lícita, por força do comando contido na Lei n. 9.065/1995, a aplicação da taxa Selic nos casos em que há parcelamento do débito tributário ou em que há quitação total, mas com atraso. Precedentes.*
>
> *3. Nas ações que tenham por fim a repetição de pagamentos indevidos efetuados antes de 1º.1.96 e cujo trânsito em julgado ainda não tenha ocorrido, incide, na atualização do indébito, a partir dessa data, exclusivamente, a taxa Selic. Desde aquela data, não tem mais aplicação o mandamento inscrito no art. 167, parágrafo único, do CTN, o qual, diante da incompatibilidade com o disposto no art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, restou derrogado.*
>
> *4. Recurso especial improvido.*[6]

Da mesma forma, decidiu o STF, no julgamento do RE 582.461/RG, sob regime de repercussão geral e adoção obrigatória pelos integrantes deste Conselho, cujos enunciados da ementa seguem reproduzidos:

> *1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.*
>
> *2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.*

[6] BRASIL. STJ. REsp 803.707/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ 14/08/2006, p. 273.

> *3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos.*
>
> *4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento).*
>
> *5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.*[7]

No mesmo sentido, firmou-se a jurisprudência deste Conselho, nos termos do enunciado da Súmula Carf nº 4, a seguir transcrito:

> *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.*

Assim, resta demonstrado que o cálculo dos juros moratórios, com base na variação da taxa Selic, tem amparo legal e constitucional. Ademais, por se tratar de matéria decidida sob regime de repercussão geral pelo STF e sumulada por este Conselho, tal entendimento é de obrigatório observância por todos os seus Conselheiros.

[7] BRASIL. STT. RE 582461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177.

Do processo da Contribuição para o PIS/Pasep

A título de esclarecimento e em reforço aos fundamentos anteriormente apresentados, esclarece-se que as mesmas questões foram apreciadas por este Colegiado (com outra composição) no julgamento do processo nº 10932.000078/2005-80, que trata do lançamento da Contribuição para o PIS/Pasep, em que negado provimento ao recurso voluntário, por unanimidade, com base nos fundamentos resumidos nos enunciados do Acórdão nº 3302-00.074, que seguem transcritos:

> *ASSUNTO: PIS*
>
> *Ano-calendário: 2003*
>
> *ASPECTOS CONSTITUCIONAIS - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA - MATÉRIA SUMULADA*
>
> *É defeso ao tribunal administrativo analisar os aspectos constitucionais do sistema normativo, tal competência é exclusiva do poder judiciário.*
>
> *SIMPLES - INCLUSÃO - MATÉRIA DE DEFESA - IMPOSSIBILIDADE*
>
> *O regime do SIMPLES, bem como a inclusão e exclusão de contribuintes deste sistema simplificado de tributação, deve ser analisado em procedimento próprio, sendo inadmissível a análise da matéria em sede de defesa de auto de infração. O auto que exige o tributo conforme o "novo" regime de tributação que foi aplicado ao contribuinte é conseqüência da exclusão do SIMPLES, não causa.*
>
> *ARTIGO 151 - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - EXCLUSÃO DO SIMPLES - INAPLICABILIDADE*
>
> *O SIMPLES é regime de tributação, a exclusão do contribuinte deste regime não representa a constituição de crédito tributário, portanto, a apresentação de recurso contra o ato de exclusão não significa recurso apresentado contra cobrança de tributo, razão pela qual não se aplica o artigo 151, C'TN, ou seja, não há efeito suspensivo, pois não há crédito para se suspender a exigibilidade.*
>
> *REGIME DE TRIBUTAÇÃO - OPÇÃO DO CONTRIBUINTE - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO*
>
> *Respeitadas as limitações legais, o regime de tributação do imposto de renda (lucro presumido e real) é opção do contribuinte e não pode ser alterado pelo Agente Fiscal, quando do procedimento de fiscalização, por significar carga tributária menos onerosa ao contribuinte.*
>
> *VENDAS CANCELADAS - INADIMPLÊNCIA - EQUIPARAÇÃO DE CONCEITOS - IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *A inadimplência é evento contábil diverso da venda cancelada. As normas contábeis se importam com o momento da aquisição jurídica, independentemente dos efeitos financeiros. É o que distingue o regime de competência do regime de caixa. No caso de vendas canceladas, considera-se não ocorrida a venda,*

inclusive para fim de quantificação de mercadoria no estoque, enquanto na hipótese de inadimplência, considera-se efetivada a venda, ainda que não recebido o valor a ela referente.

MULTA 75% - PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE ANALISAR ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A incidência da multa punitiva no patamar de 75% está prevista na Lei n° 9.430/96, devendo, portanto, ser aplicada. As questões constitucionais que fulminam a validade de lei não estão no escopo deste tribunal administrativo.

TAXA SELIC - PREVISÃO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE ANALISAR ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O art. 13 da Lei n° 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 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 apenas se a lei não dispuser de modo diverso (art. 161, § 1°). No caso, a Lei n° 9.065/1995 dispôs de modo diverso. As questões constitucionais não estão no escopo deste tribunal administrativo.

Recurso Voluntário Negado.

Da Conclusão

Por todo o exposto, vota-se por negar provimento ao recurso, para manter na íntegra o acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento