



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

Processo n° 10935.721800/2011-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-002.958 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2016
Matéria PIS e COFINS
Recorrente PALMALI INDUSTRIAL DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida UNIÃO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

Ementa:

NULIDADE DA AUTUAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA.

O Recorrente não fez prova de que teve negado o acesso aos documentos que instruíram a correlata autuação fiscal. Em contrapartida, apresentou substancial defesa, o que denota que de fato conseguiu exercer o seu consagrado direito de defesa.

BASE DE CÁLCULO. NÃO CUMULATIVIDADE. LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. LANÇAMENTO. PROCEDÊNCIA

Ante a inércia do contribuinte em apresentar outros documentos exigidos em sede fiscalizatória, o cotejo analítico entre DACONS e o Livro de Registro de Apuração do ICMS é método hábil para comprovar as entradas e saídas que geram os créditos e débitos da contribuição na sistemática da não cumulatividade, bem como para comprovar a base de cálculo da contribuição lançada de ofício.

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Ante a inexistência de uma posição judicial para a matéria e ressalvado o entendimento pessoal deste Relator, deve ser prestigiado o entendimento consagrado por este Tribunal administrativo para o tema, o que se dá em busca de segurança jurídica, tratamento igualitário entre diferentes contribuintes e, ainda, unidade judicativa. Assim, deve ser mantido o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

CORREÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA N. 4 DO CARF.

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.

MULTA DE OFÍCIO. OFENSA À CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E À RAZOABILIDADE. SÚMULA N. 02 DO CARF

É vedado ao CARF a realização de controle, ainda que difuso, de constitucionalidade de norma.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

Ementa:

NULIDADE DA AUTUAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA.

O Recorrente não fez prova de que teve negado o acesso aos documentos que instruíram a correlata autuação fiscal. Em contrapartida, apresentou substancial defesa, o que denota que de fato conseguiu exercer o seu consagrado direito de defesa.

BASE DE CÁLCULO. NÃO CUMULATIVIDADE. LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. LANÇAMENTO. PROCEDÊNCIA

Ante a inércia do contribuinte em apresentar outros documentos exigidos em sede fiscalizatória, o cotejo analítico entre DACONs e o Livro de Registro de Apuração do ICMS é método hábil para comprovar as entradas e saídas que geram os créditos e débitos da contribuição na sistemática da não cumulatividade, bem como para comprovar a base de cálculo da contribuição lançada de ofício.

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Ante a inexistência de uma posição judicial para a matéria e ressalvado o entendimento pessoal deste Relator, deve ser prestigiado o entendimento consagrado por este Tribunal administrativo para o tema, o que se dá em busca de segurança jurídica, tratamento igualitário entre diferentes contribuintes e, ainda, unidade judicativa. Assim, deve ser mantido o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

CORREÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA N. 4 DO CARF.

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.

MULTA DE OFÍCIO. OFENSA À CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E À RAZOABILIDADE. SÚMULA N. 02 DO CARF

É vedado a CARF a realização de controle, ainda que difuso, de constitucionalidade de norma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente.

DIEGO DINIZ RIBEIRO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Jorge Lock Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais de Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

1. Por bem retratar a demanda em julgamento, adoto parte do relatório desenvolvido pela instância *a quo*, o que faço nos seguintes termos:

Trata o presente processo dos autos de infração lavrados em 07/12/2011, contra a contribuinte em epígrafe, referentes à Cofins e ao PIS não cumulativos, ambos relativos aos períodos de apuração de janeiro de 2006 a dezembro de 2009.

O auto de infração de Cofins perfaz o valor total de R\$ 48.685.667,98, sendo R\$ 23.097.264,22 de valor da contribuição, acrescido das correspondentes parcelas relativas à multa de ofício de 75% e aos acréscimos legais calculados até 30/11/2011, e o de PIS o valor total de R\$ 10.569.914,57, sendo R\$ 5.014.537,68 de valor da contribuição, acrescido, também, das correspondentes parcelas relativas à multa de ofício de 75% e aos acréscimos legais, calculados até a citada data.

Os autuações (sic) tiveram por base o procedimento fiscal que apurou, através da auditoria em livros e documentos contábeis da autuada, a insuficiência de confissão ou de recolhimento das contribuições (PIS e Cofins não cumulativas), conforme descrição detalhada no Termo de Constatação Fiscal L140/2011 e anexos que o acompanham.

(...).

2. Devidamente notificado, o contribuinte, ora Recorrente, impugnou a exigência fiscal (fls. 39/68) alegando, em suma:

- nulidade da autuação por ofensa ao devido processo legal e seus consectários lógicos (contraditório e ampla defesa), uma vez que não teria

recebido, juntamente com a autuação, cópia dos documentos que a embasaram;

- ilegalidade do lançamento perpetrado, uma vez que referido ato administrativo teria sido exclusivamente efetuado com base em Livros de Registro de Apuração do ICMS;
- ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;
- ilegalidade da SELIC como juros moratórios no âmbito tributário; e, por fim
- exclusão ou redução da multa aplicada em razão da ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da razoabilidade.

4. Uma vez processada, a sobredita Impugnação foi julgada improcedente pela DRJ/SP, conforme se observa do acórdão de fls. 1.364/1.374 assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

JUNTADA DE PROVAS DOCUMENTAIS.

As provas documentais devem ser apresentadas juntamente com a peça impugnatória, sob pena de preclusão, salvo exceções taxativamente previstas.

INTIMAÇÃO AO PROCURADOR. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

Não encontra amparo legal nas normas do Processo Administrativo Fiscal a solicitação para que a Administração Tributária efetue as intimações na pessoa do procurador do sujeito passivo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

BASE DE CÁLCULO. NÃO CUMULATIVIDADE. LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. LANÇAMENTO. PROCEDÊNCIA

O Livro de Registro de Apuração do ICMS é hábil para comprovar as entradas e saídas que geram os créditos e débitos da contribuição na sistemática da não cumulatividade, bem como para comprovar a base de cálculo da contribuição lançada de ofício.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), e multa de ofício, por expressa previsão legal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

BASE DE CÁLCULO. NÃO CUMULATIVIDADE. LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. LANÇAMENTO. PROCEDÊNCIA

O Livro de Registro de Apuração do ICMS é hábil para comprovar as entradas e saídas que geram os créditos e débitos da contribuição na sistemática da não cumulatividade, bem como para comprovar a base de cálculo da contribuição lançada de ofício.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC.

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), e multa de ofício, por expressa previsão legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

5. Diante deste quadro, o contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário (fls. 1.384/1.394), repisando os fundamentos expostos em sua Impugnação.

6. É o relatório.

Voto

Conselheiro Diego Diniz Ribeiro

7. O recurso voluntário é tempestivo e atende as demais exigências formais de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento, o que passo a fazer nos seguintes termos.

I. Da nulidade da autuação

8. Segundo as genéricas alegações do Recorrente, o presente processo administrativo seria nulo, uma vez que ele (Recorrente) teria sido intimado da lavratura do Auto de Infração sem que, todavia, referida autuação viesse acompanhada dos documentos que fundamentaram o trabalho fiscal.

9. Com a devida vênia, tais argumentos são meramente retóricos¹. Para se chegar a tal conclusão basta verificar que toda a atividade fiscal foi pautada por documentação contábil-fiscal ofertada (ainda que parcialmente) pelo próprio contribuinte, o que fez em resposta a diferentes termos de intimação fiscal enunciados ao longo do procedimento fiscalizatório (vide fls. 02/25; fls. 27/56; fl. 1.292).

10. Ademais, o contribuinte diligente tem plena ciência que, uma vez autuado, todo e qualquer documento a instruir o referido Auto de Infração está à sua disposição na correspondente repartição fiscal. Assim, faria sentido supor eventual ofensa ao contraditório e à ampla defesa caso o Recorrente tivesse provado a impossibilidade de acessar tais documentos na aludida repartição, o que - frise-se - não ocorreu em concreto.

11. Por fim, o contribuinte apresentou defesa substancial, o que demonstra que teve plena condição de se defender não apenas sob uma perspectiva formal, mas também de forma contenciosa.

12. Nessa toada, refuto as alegações do contribuinte quanto à pretensa nulidade do presente Auto de Infração.

II. Da ilegalidade do lançamento perpetrado com base em Livros de Registro de Apuração do ICMS

13. O Recorrente sustenta ser ilegal a apuração da base de cálculo das exações aqui tratadas por intermédio da análise dos Livros de Registro e Apuração de ICMS, bem como pela utilização das correspondentes GIAs, uma vez que as operações retratadas por tais documentos fiscais não teriam exata correspondência com as bases de cálculo das contribuições em cobro. Para a devida análise desta tese levantada pelo Recorrente, mister se faz rememorar a origem do presente Auto de Infração.

14. A presente autuação ter por origem, ainda que de forma reflexa, um Pedido Eletrônico de Ressarcimento - PER formulado pelo contribuinte. Uma vez apresentado referido PER, o contribuinte foi **reiteradamente** intimado para que apresentasse os documentos fiscais hábeis para provar seu crédito, o que, todavia, não foi atendido. Assim, ante a inércia do contribuinte, o PER foi indeferido.

15. Referida postura (minimamente estranha) motivou que a fiscalização desse início a um processo fiscalizatório em prejuízo do Recorrente. Analisando a documentação fiscal exigida pela fiscalização e **parcialmente** entregue pelo contribuinte, foi possível observar a existência de DACONs retificadoras que, com exceção para o ano de 2009,

¹ Não no sentido aristotélico do termo, mas sim enquanto assertivas vazias de conteúdo.

implicaram (i) o aumento de créditos de PIS e COFINS e (ii) a redução dos saldos devedores para tais contribuições.

16. Diante da inércia do contribuinte em entregar todos os documentos fiscais exigidos pela fiscalização, o auditor responsável pela autuação passou a confrontar as sobreditas DACONs com os livros de registro e apuração de ICMS, bem como as correlatas GIAs, tudo isso devidamente provado nos autos, conforme se observa dos Anexos I, II, III e IV do processo administrativo em apreço. Assim, fazendo um confrontamento analítico entre DACONs e o livro de registro e apuração de ICMS a fiscalização provou que, no período fiscalizado, o contribuinte inflou seu crédito de PIS e COFINS, bem como diminuiu seu saldo devedor para tais exações.

17. Feito este breve histórico, é possível constatar que a presente autuação não se limitou a apurar as bases de cálculo das exações em comento apenas com fundamento em livros de registro e apuração de ICMS, como indevidamente defende o Recorrente. Pelo contrário, referida apuração decorreu, primeiramente, de (i) uma atitude aparentemente suspeita do contribuinte em relação ao seu Pedido Eletrônico de Ressarcimento - PER que, em um segundo momento, levou a (ii) um confrontamento analítico entre as DACONs do contribuinte e seus livros fiscais de apuração e registro de ICMS e correlatas GIAs.

18. Ressalte-se, inclusive, que ao fazer este confrontamento analítico, a fiscalização teve o cuidado de apontar, linha a linha, quais as entradas que não dariam direito a crédito, com a indicação do correspondente CFOP, bem como as saídas que redundariam em débitos, com a descrição da operação e o correlato CFOP. Em nenhum momento o contribuinte se insurgiu contra este trabalho fiscal em específico, limitando-se a afirmar, genericamente, que os livros de apuração e registro de ICMS não poderiam redundar na exigência fiscal *sub judice*.

19. Assim, como bem constatou o acórdão recorrido, *o procedimento de fiscalização, como se vê, relativamente as entradas e saídas, utilizando-se dos Livros de Apuração de ICMS, e seguindo a sistemática da não-cumulatividade, apurou os créditos e débitos das contribuições e, face a existência de débitos em montante superior aos créditos, realizou o lançamento dos débitos que não haviam sido confessados ou pagos pela contribuinte.*

20. Por tais razões, mantenho o acórdão recorrido neste tópico em particular.

III. Da ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS

21. Em relação a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a questão não é nova no âmbito do contencioso tributário, razão pela qual, inclusive, já foi objeto de diferentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula n. 68

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

Súmula n. 94

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

22. Não se olvida, todavia, do atual precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 240.785, o qual - **depois de quase uma década de pedido-vista do Ministro Gilmar Mendes** - restou assim ementado:

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.

(STF; RE 240.785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001).

23. Apesar de tratar-se de precedente Pretoriano, referida decisão não apresenta caráter vinculativo, uma vez que veiculada em caso não afetado por repercussão geral. Em verdade, o *leading case* que pretende solucionar essa demanda com efeito vinculante e *erga omnes* é o REExt n. 574.706², submetido ao regime de repercussão geral, bem como a ADC n. 18.

24. Não obstante, por conta do precedente firmado no RE 240.785 do STF, já existem decisões do próprio STJ contrárias às suas súmulas n. 68 e 94, conforme se observa do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

² " Ementa

Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.

(STF; RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 24/04/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-10 PP-02174)."

III - *Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.*

IV - *Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).*

V - *Agravo regimental provido.*

(STJ; AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015).

25. A análise dos precedentes e súmulas acima referidos nos remetem a uma única conclusão: depois de décadas de debate a respeito da questão aqui tratada nossos Tribunais judiciais foram *incapazes* de dar uma solução definitiva para esta discussão, o que só reforça a atualidade da obra *Carnaval tributário*, do jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker.

26. Assim, se a jurisprudência judicial é vacilante e, portanto, imprestável para solucionar a demanda, não resta alternativa senão nos debruçarmos sobre a jurisprudência administrativa formada por este Tribunal, de modo a prestigiá-la e, por conseguinte, ao menos no âmbito do CARF, prover de alguma segurança jurídica àqueles que aqui litigam, o que também redundará em um tratamento materialmente igualitário entre diferentes contribuintes e, ainda, em uma efetiva unidade judicativa neste Tribunal, o que, nas palavras de STRECK e ABOUD, faz com que o jurisdicionado tenha a sensação de está participando de um "jogo limpo"³.

27. Neste esteio, insta destacar que o CARF possui uníssona jurisprudência no sentido de entender como válida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme se observa do julgado abaixo referido e exemplarmente colacionado:

Ementa

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade

³ "Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutico na causa ou no recurso, do tipo 'segundo minha consciência, decido de outro modo'. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva 'porque quer' (ou 'porque sim')." (ABOUD, Georges. STRECK, Lênio. "O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?" In "Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 176.).

Social - Cofins Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO.

Restando configurado o lançamento por homologação pelo pagamento antecipado do tributo, o prazo de decadência do direito do Fisco efetuar o lançamento de ofício rege-se pela regra do art. 150, § 4º do CTN, operando-se em cinco anos, contados da data do fato gerador. Inexistindo a antecipação do pagamento, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Precedente do STJ RESP 973.733.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO.

Diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei no 9.718/98, a base de cálculo da contribuições sociais devidas pelas empresas comerciais passou a ser a receita bruta de vendas de bens e serviços, o que foi respeitado pela fiscalização, uma vez que nos autos de infração não foram tributadas receitas diversas do faturamento.

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

À luz do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e do art. 4º da IN SRF nº 51/78 o ICMS integra a receita bruta porque é imposto incidente sobre vendas, inexistindo amparo legal para sua exclusão das bases de cálculo.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao CARF negar vigência a acordo internacional, lei ou decreto em razão de arguição de inconstitucionalidade.

MULTA DE OFÍCIO.

Tratando-se do lançamento de diferenças não declaradas e não recolhidas, apuradas em procedimento de ofício, incide a multa de 75% sobre o valor dos débitos apurados.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Súmula CARF 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. Recurso voluntário provido em parte.

(CARF; Número do Processo 13973.000214/2004-62; Contribuinte SALOMÃO JOSÉ DEQUECH - ME; RECURSO VOLUNTÁRIO; Data da Sessão 29/01/2016; Relator ANTONIO CARLOS ATULIM; Nº Acórdão 3402-002.898; V.U.) (g.n.).

28. No mesmo sentido: PAs ns. 11516.721381/2012-12; 11634.720109/2011-98; 10830.002239/2011-66, dentre tantos outros.

29. Assim, **ressalvado meu entendimento pessoal a respeito da matéria**⁴ e, ainda, levando em consideração a posição deste Tribunal administrativo para o tema *vis a vis* do vacilante entendimento dos nossos Tribunais judiciais para o mesmo assunto, me sinto obrigado a acatar o entendimento até então consolidado pelo CARF, uma vez que manifestações de caráter judicativo não devem refletir posições pessoais dos seus membros; ao contrário, devem sedimentar uma posição *institucional* do Tribunal para o assunto.

30. Logo, em relação ao presente tópico recursal, voto pela manutenção da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV. Da ilegalidade da SELIC como juros moratórios no âmbito tributário

31. No que diz respeito à incidência da SELIC como juros moratórios sobre débitos tributários é caso de aplicação da Súmula n. 4 deste Tribunal Administrativo, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 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.

32. Logo, não há como se esquivar da incidência da referida Súmula, sob pena, inclusive, de configurar hipótese de perda do mandato deste Conselheiro, conforme previsto no art. 45, inciso. VI do RICARF⁵.

33. Ademais, a questão é mais do que pacificada também no âmbito dos Tribunais judiciais em sentido desfavorável à pretensão do contribuinte, razão pela qual nego provimento ao presente recurso também neste tópico.

V. Da exclusão ou redução da multa aplicada em razão da ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da razoabilidade

34. Por fim, também não há que se falar em afastamento da multa aplicada por ofensa ao princípio da capacidade contributiva e ao postulado da razoabilidade.

35. Ressalvado meu entendimento pessoal, no sentido de que também é possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade na instância administrativa de caráter judicativo⁶⁻⁷ – exatamente como se afigura aqui no CARF – não posso deixar de

⁴ Em minha opinião, o ICMS não deve ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor pago por tal tributo não apresenta natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo das contribuições aqui tratadas.

⁵ "Art. 45. Perderá o mandato o conselheiro que:

(...).

VI - deixar de observar enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, bem como o disposto no art. 62;

(...)."

⁶ Ainda que o faça de forma atípica, o que é perfeitamente válido, haja vista a possibilidade dos diferentes Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) desempenharem outras funções além daquelas que lhe foram

reconhecer o disposto no art. 62 do Regimento Interno deste Tribunal⁸ que, como regra, veda a possibilidade do sobredito controle. No mesmo sentido é o teor da Súmula n. 02 deste E. Tribunal Administrativo, a qual tem caráter vinculante para este julgador, nos termos do art. 42, inciso VI do RICARF⁹.

36. Neste diapasão, por expressa vedação normativa, nego provimento ao recurso voluntário interposto também neste particular.

Dispositivo

37. Ante o exposto, **voto para negar provimento** ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

38. É como voto.

Diego Diniz Ribeiro - Relator

⁷ Não me parece lógico muito menos válido juridicamente, que um órgão administrativo de caráter judicativo possa reconhecer o descompasso de um ato jurídico em face de uma lei, instrução normativa ou portaria, mas não possa fazê-lo em relação à Constituição Federal, que, sob uma estrita perspectiva legal, é o fundamento de validade de todas as demais peças legislativas do ordenamento jurídico nacional.

⁸ "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."

⁹ "Súmula CARF nº 2

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