



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.721607/2012-85
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1302-006.959 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de setembro de 2023
Recorrente TCHAM! BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

MATÉRIAS NÃO PROPOSTAS EM IMPUGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO.

As matérias não propostas em sede de Impugnação não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

LEIS EM VIGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARF. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA. VEDAÇÃO AO AFASTAMENTO DA NORMA.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2009

CONTRIBUIÇÃO AO PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS DESTACADO. EXCLUSÃO. RECONHECIMENTO JUDICIAL. OBSERVÂNCIA.

Em consonância com decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, o valor do ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição ao PIS.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2009

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS DESTACADO. EXCLUSÃO. RECONHECIMENTO JUDICIAL. OBSERVÂNCIA.

Em consonância com decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, o valor do ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído da base de cálculo da Cofins.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA PROPORCIONAL DE 75%.
INCIDÊNCIA.

Nos casos de lançamento de ofício, é aplicada a multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, deixando de conhecer da alegação referente à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, e, quanto à parte conhecida, por dar provimento ao recurso voluntário, para reduzir o lançamento de ofício relativo à Cofins e à Contribuição ao PIS dos valores apurados na Diligência Fiscal determinada por este Colegiado, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Wilson Kazumi Nakayama, Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior, Marcelo Oliveira, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Miriam Costa Faccin (suplente convocada) e Paulo Henrique Silva Figueiredo (presidente). Ausente a conselheira Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, substituída pela Conselheira Miriam Costa Faccin.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão nº 14-45.599, de 24 de outubro de 2013, por meio da qual a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP julgou improcedente a Impugnação apresentada pela Recorrente acima identificada (fls. 118/125).

O presente processo decorre de Autos de Infração lavrados em desfavor da Recorrente, conforme fls. 2/45, para a exigência de valores relativos ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e contribuições reflexas, em relação ao ano-calendário de 2009. A autuação se deu pela constatação da existência de receita bruta referente à venda de produtos escriturada e não declarada, conforme detalhado no Relatório Fiscal de fls. 46/51.

Cientificado do lançamento, o sujeito passivo apresentou a Impugnação de fls. 97/111, na qual se limita a alegar a necessidade de exclusão do valor referente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); a impossibilidade de exigência de juros de mora calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic); e o caráter confiscatório e desproporcional da multa de ofício.

Na decisão ora recorrida, a autoridade julgadora, em primeiro lugar, apontou a definitividade das exigências em relação ao IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), por não terem recebido contestações específicas. Quanto à questão do ICMS, esclareceu que, exceto nos casos de substituição tributária, não há base legal para a dedução do referido tributo das bases de cálculo da Contribuição ao PIS e à Cofins. Além disso, a competência para a apreciação das arguições de inconstitucionalidade seria privativa do Poder Judiciário, não podendo haver tal análise por parte do julgador administrativo.

Em relação à multa de ofício, os julgadores consideraram que a vedação ao confisco é dirigida o legislador, de modo que “positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou”. Por fim, quanto aos juros de mora, além de argumentos semelhantes aos acima destacados, concluíram que não há disposição que corrobore a tese da limitação dos juros de mora ao percentual de 1% ao mês.

A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2001, 2002, 2003

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a exigência relativa a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2007, 2008

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO.

Inexiste previsão legal para deduzir do faturamento o valor do ICMS que não corresponda ao destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços, na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2007, 2008

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO.

Inexiste previsão legal para deduzir do faturamento o valor do ICMS que não corresponda ao destacado em nota fiscal e cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços, na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008

INCONSTITUCIONALIDADE.

É competência atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário, pela Constituição Federal, manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, cabendo à esfera administrativa zelar pelo seu cumprimento.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la nos moldes da legislação que a instituiu.

Após a ciência, foi apresentado o Recurso Voluntário de fls. 134/150, no qual a Recorrente reitera as alegações apresentadas na Impugnação. Inovadoramente, defende que os juros de mora não devem incidir sobre a multa de ofício.

Em 16 de setembro de 2021, este Colegiado resolveu converter o julgamento do Recurso Voluntário em Diligência, a fim de que a autoridade preparadora elaborasse relatório conclusivo acerca dos efeitos da “decisão exarada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR em relação ao lançamento fiscal de que tratam os presentes autos” (fls. 153/158).

A Diligência resultou no Relatório de fls. 163/164, no qual é apresentado quadro com discriminação dos valores relativos ao ICMS a serem excluídos das bases de cálculo da Cofins e da Contribuição ao PIS, bem como os montantes a serem reduzidos do crédito tributário constituído. Adicionalmente, informa-se acerca da expedição de sentença judicial, encerrando o processo de falência da pessoa jurídica autuada.

A Recorrente se manifestou à fl. 184, concordando com o resultado da Diligência.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 17 de março de 2014 (fl. 132), e apresentou o seu Recurso, em 16 de abril do mesmo ano (fl. 134), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

O Recurso é assinado pela sócia-administradora da pessoa jurídica.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Art. 3º, inciso I e IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Como relatado, porém, a Recorrente traz, na peça recursal, alegações relativas a matérias não questionadas por ocasião da Impugnação, a saber contestação à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Nos termos da legislação de regência do processo administrativo fiscal, a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo dela constar todos os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas das alegações (arts. 14 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Ou seja, é nesse instante em que se delimita a matéria objeto do contencioso administrativo, não sendo admitido ao contribuinte e à autoridade *ad quem* tratar de matéria não questionada por ocasião da impugnação, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do devido processo legal.

Trata-se, pois da preclusão consumativa, sobre a qual leciona Fredie Didier Jr (Curso de Direito Processual Civil, 18a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. vol. 1, p. 432):

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele.

A questão se relaciona ainda com a extensão do efeito devolutivo dos recursos, sobre a qual o mesmo autor (Curso de Direito Processual Civil, 13a ed, Salvador: Ed. Juspodium, 2016. Vol. 3, p. 143) se manifesta nos seguintes termos:

A extensão do efeito devolutivo significa delimitar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum devolutum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento (decisão) a quo. Só é devolvido o conhecimento da matéria impugnada (art. 1.013, caput, CPC).

Podem ser excepcionadas as matérias que possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, a exemplo das matérias de ordem pública.

No caso dos autos, a não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício não se enquadra nas exceções acima.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento, exceto em relação à matéria não tratada na Impugnação.

2 DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES

Como relatado, a principal alegação apresentada pela Recorrente diz respeito à necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Trata-se de matéria tratada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 574.706/PR (Relatora Ministra Carmen Lúcia, Data do Julgamento 15/03/2017, DJE 02/10/2017), que determinou a exclusão em questão, conforme ementa a seguir:

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.

A referida decisão foi objeto de embargos de declaração por parte da União, os quais foram parcialmente acolhidos, conforme decisão a seguir, proferida em 13 de maio de 2021 (DJE 12/08/2021):

O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora.

O trânsito em julgado foi certificado em 17 de setembro de 2021, e o julgamento em questão se deu em sede de repercussão geral, o que atrai a observância obrigatória nos julgamentos proferidos no âmbito do CARF, por força do disposto no art. 62, §2º, do Anexo II do RI/CARF.

Conforme relatado, esta Turma Julgadora entendeu por converter o julgamento em diligência para que fossem apurados os reflexos da referida decisão no lançamento de ofício tratado no presente processo.

A autoridade responsável pela Diligência, então, elaborou o Relatório de fls. 163/164, no qual se manifesta no seguinte sentido:

Como relatado na Resolução, a principal alegação apresentada pela Recorrente diz respeito à necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. O ICMS a ser excluído da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS é o **destacado** nas notas fiscais.

Assim, com base nas informações contidas no presente processo, especialmente no Livro Registro de Apuração do ICMS nº 11 (fls. 69/88), esta fiscalização elaborou a planilha intitulada “Demonstrativo de Cálculo da Exclusão do ICMS da Base de Cálculo do PIS/COFINS”, em anexo, que apresenta o cálculo do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e COFINS.

A planilha demonstra o cálculo mensal do ICMS destacado nas notas fiscais de vendas subtraído do ICMS das devoluções de vendas. A diferença foi multiplicada pelo quociente entre o valor da omissão da receita lançada e a receita bruta escriturada, calculado mensalmente, uma vez que os lançamentos se referem somente à omissão de receitas e não sobre a totalidade das receitas escrituradas. Verifica-se que o quociente entre a omissão de receita e a receita escriturada foi de 80%. O resultado deste cálculo é o ICMS destacado em notas fiscais utilizado para aplicação da decisão do STF.

Resumidamente, o quadro a seguir reflete os valores da Contribuição para o PIS e COFINS a serem glosados dos respectivos lançamentos fiscais presentes neste processo, que foram calculados após a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais da base de cálculo:

MÊS	CÁLCULO DO PIS/COFINS NO LANÇAMENTO			ICMS A SER EXCLUÍDO DA BC PIS/COFINS	CÁLCULO DO PIS/COFINS COM A EXCLUSÃO DO ICMS DA BC			DIFERENÇAS A GLOSAR DO LANÇAMENTO	
	BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS (A)	PIS 0,65% (B)	COFINS 3% (C)		NOVA BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS (E)=(I) - (D)	PIS 0,65% (F)	COFINS 3% (G)	PIS (B) - (F)	COFINS (C) - (G)
01/2009	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
02/2009	229.689,60	1.492,98	6.890,69	27.562,75	202.126,85	1.313,82	6.063,81	179,16	826,88
03/2009	201.748,80	1.311,37	6.052,46	19.521,22	182.227,58	1.184,48	5.466,83	126,89	585,63
04/2009	292.524,80	1.901,41	8.775,74	15.240,27	277.284,53	1.802,35	8.318,54	99,06	457,20
05/2009	810.279,76	5.266,82	24.308,39	38.974,46	771.305,30	5.013,48	23.139,16	253,34	1.169,23
06/2009	437.000,46	2.840,50	13.110,01	11.460,10	425.540,36	2.766,01	12.766,21	74,49	343,80
07/2009	790.819,44	5.140,33	23.724,58	15.130,37	775.689,07	5.041,98	23.270,67	98,35	453,91
08/2009	252.160,48	1.639,04	7.564,81	0,00	252.160,48	1.639,04	7.564,81	0,00	0,00
09/2009	390.640,80	2.539,17	11.719,22	14.284,80	376.356,00	2.446,31	11.290,68	92,86	428,54
10/2009	482.719,68	3.137,68	14.481,59	9.815,98	472.903,70	3.073,87	14.187,11	63,81	294,48
11/2009	405.305,12	2.634,48	12.159,15	0,00	405.305,12	2.634,48	12.159,15	0,00	0,00
12/2009	588.858,00	3.827,58	17.665,74	58.946,69	529.911,31	3.444,42	15.897,34	383,16	1.768,40

A Recorrente foi intimada do citado Relatório e manifestou sua concordância com os valores ali apontados, de modo que o lançamento de ofício deve ser ajustado de maneira a que os créditos tributários constituídos de ofício a título de Contribuição ao PIS e Cofins sejam reduzidos dos montantes apontados nas duas últimas colunas do quadro acima.

O Recurso deve ser provido quanto a tal matéria, portanto.

3 DA APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Em relação à aplicação da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), a incidência possui previsão legal no art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430, de 1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

As alegações trazidas pela Recorrente para justificar o afastamento da norma plenamente vigente demandam a análise da constitucionalidade da penalidade, tema para o qual o CARF não possui competência legal, conforme reconhecido na Súmula CARF n.º 2:

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

Na verdade, existe vedação regimental a que os Conselheiros do CARF deixem de aplicar lei, sob fundamento de inconstitucionalidade:

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.

A exceção à referida regra (que implica, inclusive, a perda do mandato dos Conselheiros, conforme art. 45, inciso VI, do RI/CARF) são as situações previstas no §1º do referido art. 62 do RI/CARF, dentre as quais não se inclui a matéria alegada pela Recorrente.

Isto posto, nego provimento ao Recurso, em relação a tal matéria.

4 DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC

A última alegação da Recorrente, relacionada à utilização a Taxa Selic como base para a aplicação dos juros de mora, também já é objeto de Súmula, de modo que não cabe apresentar outros fundamentos:

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. (**Vinculante**, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Nego provimento, portanto, ao Recurso voluntário quanto a mais este tópico.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, e, quanto à parcela conhecida por DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para reduzir o lançamento de ofício relativo à Cofins e à Contribuição ao PIS dos valores apurados na Diligência Fiscal determinada por este Colegiado e discriminados no item 2 deste voto.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo