



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

**Processo nº** 13971.002136/2007-01  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 3202-001.079 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 25 de fevereiro de 2014  
**Matéria** COFINS. ICMS. MULTA DE OFÍCIO. SELIC.  
**Recorrente** AMERICANA COMÉRCIO EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2003, 01/10/2003 a 30/10/2003

**Ementa:**

COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. PERDA DA EFICÁCIA DA LIMINAR CONCEDIDA NA ADC Nº 18. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO.

A partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADC nº 18, que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa.

Inexistente julgamento do STJ, em sede de recurso repetitivo, nem julgamento plenário definitivo do STF, a matéria deve ser examinada pelo CARF sem a vinculação, de que fala o art. 62-A do RICARF.

COFINS. LEI COMPLEMENTA Nº 70/1991. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA CARF Nº 2.

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

MULTA DE OFÍCIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO CONFLITANTE ENTRE A DIPJ E A DCTF. DECLARAÇÃO INEXATA.

Correta a imputação da multa de ofício sobre diferença de tributos não informada em DCTF, embora tenha sido corretamente informados na DIPJ. Precedente da 1ª Turma do CSRF do CARF.

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 conhecido em parte. Na parte conhecida, recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, não conhecer, em parte, o recurso voluntário; na parte conhecida, negar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Tatiana Midori Migiyama. O Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior declarou-se impedido.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Thiago Moura de Albuquerque Alves – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Charles Mayer de Castro Souza, Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Tatiana Midori Migiyama e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

## Relatório

Por bem descrever a controvérsia administrativa, é oportuno transcrever o relatório da DRJ/FNS - Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis:

*Trata o presente processo de exigência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins no valor de R\$ 18.818,16, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora, relativo aos períodos de apuração de janeiro a julho de 2003 e outubro de 2003.*

*De acordo com as informações postas pela autoridade fiscal nas Descrições de Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) e no Termo de Verificação Fiscal a contribuinte declarou o valor do débito de Cofins em DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais em valor inferior ao informado na Declaração de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ.*

*Inconformada com o lançamento, a contribuinte apresenta impugnação na qual alega que parte dos valores exigidos é indevido pois a autoridade fiscal deveria ter desconsiderado o ICMS da base de cálculo da Cofins, quando da lavratura do auto de infração, uma vez que é inconstitucional a exigência do PIS e da Cofins sobre o ICMS. Argumenta, ainda, que a multa de*

*ofício não pode subsistir pois os tributos supostamente pagos à menor foram declarados em DIPJ, por consequência, a multa a ser imposta importa em 20%. Por fim, contesta a aplicação da taxa Selic como juros de mora, afirmando que deve ser imposto, se for o caso, o índice de 1% ao mês.*

A DRJ apreciou a defesa da empresa ora recorrente e julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido (fls. 197 e ss.).

De acordo com o acórdão recorrido, o ICMS se inclui na base de cálculo da COFINS, na forma do art. 3º da Lei nº 9.718/1998:

*A contribuinte explica que ao instituir a Cofins, o artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91 elegeu como base de cálculo o faturamento mensal das pessoas jurídicas, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Na medida em que a legislação da Cofins não permite a dedução do valor do ICMS para a apuração da base de cálculo, como ocorre com o IPI, ela determina que a contribuição incida sobre o que não é faturamento, mas tributo. Desta forma, defende a inconstitucionalidade da incidência da Cofins sobre o valor do ICMS. E conclui que o lançamento inclui valores maiores do que os efetivamente devidos por conta da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, devendo ser expurgados estes excessos na autuação.*

*Apesar da contestação da contribuinte, há que se dizer que a parcela do ICMS incidente sobre as vendas compõe, sim, as bases de cálculo do PIS e da Cofins. Explica-se.*

[...]

*Como se percebe, o conceito de faturamento tem sua extensão perfeitamente delimitada pela explicitação de seu conteúdo e pela expressa enumeração das exclusões passíveis de serem efetuadas, não estando entre estas, como se vê, qualquer referência ao ICMS normal, ou seja, aquele que não se submete à arrecadação por via da substituição tributária.*

*Assim, uma pergunta se impõe: se não queria o legislador incluir o ICMS normal na base de cálculo da Cofins, porque não o nomeou expressamente como uma das exclusões da receita bruta, como o fez com o IPI no acima transcrito inciso I do parágrafo 2.º*

*do artigo 3.º da Lei n.º 9.718/1998? A única resposta possível é: porque ele assim não o quis, transferindo para o conceito de faturamento uma extensão bastante clara.*

*Fosse intenção do legislador excluir todos os tributos de um mesmo gênero, teria pelo menos feito constar da Lei n.º 9.718/1998, uma menção genérica, similar à do artigo 224 do Decreto n.º 3.000/99 (RIR/1999) – “[...] impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador [...]”. Mas não o fez, preferindo nomear com minudente detalhamento,*

*aquilo que considerava expressamente passível de exclusão (em termos de tributos, como visto, apenas o IPI). Assim, repitase, a Lei n.º 9.718/1998 expressa um conceito de faturamento que não admite dúvidas no âmbito tributário.*

*[...]*

*Por fim, ressalte-se que, para o período de apuração em análise – ano-calendário 2004 – a base legal para a exigência da Cofins é a Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, com vigência a partir de 01 de fevereiro de 1999, e não mais Lei Complementar n.º 70/91, que instituiu a referida contribuição.*

*De tal sorte, não procede a alegação da contribuinte de que o ICMS não compõe as bases de cálculo do PIS e da Cofins.*

*No que se refere à alegação da ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições – PIS e Cofins, nada pode ser aqui dito.*

*É as instâncias administrativas não têm competência para apreciar questões que versem sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos legais regularmente vigentes.*

A DRJ, igualmente, rejeitou a defesa da recorrente quanto à multa de ofício de 75%, afirmando que esta é cabível, pois a empresa não confessou os valores lançados de ofício, em DCTF, mas, apenas, em DIPJ. Confira-se:

*No caso concreto, constata-se que a contribuinte, a despeito de estar obrigada, informou em DCTF valores da Cofins, apurada no ano-calendário de 2003, inferiores ao que havia informado na DIPJ. Não restou configurada, desta forma, a confissão de dívida do tributo.*

***Ressalte-se que, ainda que não constituam confissão de dívida, as informações prestadas na DIPJ tem vigor para fins tributários e somente podem ser infirmadas no caso de retificação da referida declaração ou de justificativa comprovada do erro nas informações. Pelo que dos autos consta, a contribuinte não retificou a DIPJ nem tampouco trouxe provas de que os valores informados em DIPJ estavam incorretos.***

*No que concerne à aplicação dos juros de mora taxa SELIC, cumpre esclarecer que a mesma está prevista, de forma literal, no artigo 13 da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995 e no § 3º do art. 61 da Lei n.º 9.430/1996, não havendo como afastá-la sem expurgar, também, tais dispositivos literais de lei.*

*Em casos como estes, em que a única forma de afastar uma determinada exigência fiscal é a de negar validade aos atos que a prevêm, bastante limitada resta a atuação do julgador administrativo, como já se viu no tópico anterior. É que em razão de o assunto estar disciplinado em disposição literal de leis regularmente editadas e em face de às instâncias administrativas, pelo caráter vinculado de sua atuação, não ser dada a atribuição de apreciar questões relacionadas com a legalidade ou constitucionalidade de qualquer ato legal, **descabidas tornam-se quaisquer manifestações deste juízo.***

*Assim definida tal limitação, cumpre que se declare, nesta instância, a improcedência das alegações da impugnante, referendando o feito fiscal naquilo que se relaciona com a aplicação multa de ofício e a utilização da taxa SELIC como juros de mora.*

*Por fim, esclarece-se que o § 1º do artigo 161 do CTN estatui que a Lei, no caso ordinária, pode dispor acerca de outro percentual a título de juros de mora, sendo de se aplicar somente na falta dessa, o percentual de 1% ao mês.*

*Por todo o exposto, voto pela improcedência da impugnação.*

*É como voto.*

Cientificada do acórdão, acima destacado, a contribuinte apresentou recurso voluntário, reiterando suas razões para julgar improcedente a autuação (fls. 213 e ss.).

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Thiago Moura de Albuquerque Alves, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Analisando a questão da inclusão ICMS, na base de cálculo da COFINS.

Afasto, de logo, nos termos do art. 62-A do RICARF, o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, em função da sua inconstitucionalidade ter sido declarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 346.084/PR, em 09/11/2005. Esse julgamento da Corte Suprema foi a motivação da revogação do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998 pela Lei nº 11.941/2009.

A questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é objeto ao menos de dois processos judiciais sob a responsabilidade do STF, no caso, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 240.7852 MG. Nenhuma das duas ações foi ainda julgada até a presente data.

Relativamente à ADC nº 18 (proposta pelo Presidente da República), o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

Quanto ao RE nº 240.7852 MG, o mesmo foi também sustado até o julgamento do ADC nº 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento do

RE em tela, uma vez que a ADC, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria.

Por conta da suspensão dos julgamentos determinada pelo STF, os processos envolvendo a mesma matéria, pendentes de serem examinados por este Conselho, estavam suspensos, em sintonia com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62A do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012.

Todavia, examinando o andamento atual da ADC nº 8, no endereço eletrônico do STF, verifico que restou decidido pelo seu Exmo. Ministro Relator que não mais vigora a eficácia da medida cautelar antes deferida pela Corte Suprema. Observe-se:

*Em 25/02/2013: "Oficie-se aos magistrados que solicitaram informações a fls. 1.802, 2.031 e 2.054, noticiando já haver cessado, a partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa."*

Findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, não há óbice ao julgamento da matéria pelo CARF, ressaltando-se, de logo, que a questão envolve a interpretação do que alcance do vocábulo faturamento, contido no art. 2º da LC nº 70/1991, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998, declarada em definitivo pelo STF em sede de repercussão geral (RE 585.235), cujo entendimento vincula o CARF, ao teor do art. 62-A do RICARF.

Eis a ementa do acórdão do STF, proferido no RE 585.235:

**EMENTA:**

*RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.*

*(RE 585235 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009 RTJ VOL-00208-02 PP-00871 )*

Por outro lado, destaco que inexistente julgamento do STJ, em sede de recurso repetitivo, nem julgamento plenário definitivo do STF, em sede de repercussão geral, sobre a legalidade ou inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, prevista na LC nº 70/1991. Essa matéria específica, portanto, deve ser examinada pelo CARF sem a vinculação, de que fala o art. 62-A do RICARF.

Dito isso, tenho entendimento que o alcance da competência tributária para instituição da COFINS, para fins de inclusão ou não do ICMS, é matéria constitucional, submetida ao julgamento do STF. O deslinde da questão, portanto, passa pelo exame da constitucionalidade da cobrança, incidindo, no caso, a Súmula CARF nº 2.

Forte nessas razões, não conheço o recurso voluntário, na parte relativa à constitucionalidade da inclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS.

No que diz respeito à incidência da multa de ofício de 75%, a recorrente pede sua exoneração, em troca da multa de mora de 20%, em função do fato de ter declarado o tributo, lançado de ofício, na sua DIPJ.

Creio que assiste razão à recorrente. O desfecho dessa controvérsia passa necessariamente pelo exame do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, abaixo transcrito:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*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;*

*[...]*

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

Como se vê, o pressuposto da multa de ofício é a falta de declaração ou de declaração inexata, sendo certo que essa norma jurídica não menciona a DIPJ, a DCTF nem obrigação acessória que constitua confissão de dívida. Fala, apenas, em *declaração*.

No caso dos autos, como reconhece o acórdão recorrido, a recorrente apresentou uma declaração exata (DIPJ) e uma declaração inexata (DCTF). Nessa hipótese, há controvérsia jurisprudencial no CARF sobre a correção ou não da aplicação da multa de ofício.

Esse dissídio jurisprudencial foi uniformizado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais por meio do Acórdão nº 910100.503, Sessão de 25 de janeiro de 2010, que dispôs pela cominação da multa de ofício de 75%:

*Acórdão nº 910100.503*

*Primeira Turma CSRF*

*ASSUNTO: Obrigações Acessórias*

*Ano-calendário: 2003, 2004*

*DÉBITOS INFORMADOS EM DIPJ. MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. Com o advento da DCTF, a partir do ano calendário de 1998 o valor dos tributos informado na Declaração de Rendimentos da Pessoa Jurídica passou não mais representar confissão de dívida passível de inscrição em Dívida Ativa. Sob esse prisma, correta a imputação da multa de ofício sobre diferença de tributos não informada em DCTF.*

Efetivamente, é acertada a interpretação da CSRF acerca do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996. Apresentar declarações conflitantes ao Fisco enquadra-se no conceito legal de *declaração inexata*. In casu, foi a DCTF a fonte da incorreção e da cominação da penalidade. Não foi a DIPJ. Deve ser mantido, por isso, o acórdão recorrido.

Quanto à aplicação da Taxa SELIC, é entendimento sumulado do CARF que ela incide sobre o crédito tributário. Eis o teor da Súmula CARF nº 4:

*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.*

Ante o exposto, voto para CONHECER, EM PARTE, o recurso voluntário; na parte conhecida, voto para NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

Thiago Moura de Albuquerque Alves