



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

**Processo n°** 11080.004130/2008-51  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3403-001.768 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 26 de setembro de 2012  
**Matéria** COFINS  
**Recorrente** SERDIL SERV ESPEC EM RADIODIAGNOSTICO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/12/2005

Ementa:

**DUPLICIDADE DE PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.**

A alegação de duplicidade de pagamento deve ser acompanhada de elemento comprobatório, ainda mais quando em primeira instância a documentação apresentada já foi objeto de fundada refutação.

**AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DE VALORES. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.**

A exclusão parcial de valores lançados na autuação, efetuada no julgamento de primeira instância, não eiva de nulidade ou insubsistência integral o lançamento.

**COFINS. ISS. BASE DE CÁLCULO.**

Não há previsão legal para exclusão do ISS da base de cálculo da COFINS.

**ANÁLISE ADMINISTRATIVA DE CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO. SÚMULA CARF N. 2.**

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

**JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. SÚMULA CARF N. 4.**

A partir de 01/04/1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela RFB são devidos, no período de inadimplência, à taxa SELIC.

**REDUÇÃO NO VALOR DAS MULTAS EM CASO DE NÃO LITIGÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO.**

As reduções estabelecidas no art. 6º da Lei nº 8.218/1991, hoje com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, para multas de ofício aplicam-se exclusivamente às hipóteses ali previstas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. O Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz votou pelas conclusões quanto à redução aplicável à multa.

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

Rosaldo Trevisan - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Carlos Atulim (presidente da turma), Rosaldo Trevisan (relator), Robson José Bayerl, Marcos Tranchesi Ortiz, Ivan Allegretti e Domingos de Sá Filho.

**Relatório**

Versa o presente processo sobre Auto de Infração para exigência da COFINS, em virtude de falta de recolhimento, no período de 31/03/2003 a 31/12/2005.

No Auto de Infração, lavrado em 14/04/2008 (fls. 135 a 139), sustenta-se que, após haver transitado em julgado decisão judicial desfavorável - ação ordinária 2001.71.00.029496-0, em que pleiteava a manutenção da isenção da COFINS a sociedades civis -, a empresa não procedeu ao pagamento do tributo devido, relativamente a períodos não cobertos por depósitos judiciais.

Cientificada da autuação em 14/04/2008 (fls. 139), a recorrente apresenta impugnação em 13/05/2008 (fls. 141 a 168), argumentando que:

- (a) duas das competências constantes do Auto de Infração (março e abril de 2003) merecem ser extirpadas do procedimento, pois foram objeto de depósito judicial devidamente convertido em renda nos autos da ação nº 2001.71.00.029496-0;
- (b) a base de cálculo utilizada para fins da autuação apresenta-se viciada, pois a contribuição incidiu indevidamente sobre as receitas não operacionais (receitas financeiras e outras receitas) que não podem compor a base de cálculo;
- (c) o STF já reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, do qual decorre o parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 4.524/02, que amplia

indevidamente o conceito de faturamento, sendo que os Tribunais têm reconhecido a impossibilidade de incidência da COFINS sobre as receitas que não correspondam à venda de bens ou prestação de serviços;

- (d) a inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS afronta os arts. 154, I, e 195, I, "b" e § 4º da Constituição Federal, os princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), do não-confisco (art. 150, IV), da isonomia tributária (art. 150, II), o princípio da segurança jurídica, e o artigo 110 do Código Tributário Nacional;
- (e) a decisão judicial desfavorável quanto à isenção da COFINS só deve ser aplicada a fatos geradores futuros, diante do entendimento externado pela Súmula 276 do STJ, que dava guarida à prevalência da isenção;
- (f) é inaplicável a incidência da Taxa SELIC como juros de mora, pois os juros de mora servem para indenizar o Estado pela mora, mas a SELIC, pelo seu percentual, e na forma como é apurada, apresenta-se como uma verdadeira multa imposta ao contribuinte; e
- (g) foi cerceado seu direito de defesa no tocante à multa cobrada, pois se feito o pagamento ou optado pelo parcelamento ser-lhe-iam concedidas reduções sobre a multa de 50 e 40%, respectivamente, enquanto que, se exercer o direito constitucional da ampla defesa administrativa, tem agravado o valor da multa por não ter direito a tais reduções.

A decisão de primeira instância, proferida em 29/02/2012 (fls. 390 a 403), julgou procedente, em parte, a impugnação, no sentido de que:

- (a) a alegação de que os créditos lançados estão sendo cobrados em duplicidade deve ser acompanhada da sua devida comprovação, e que, ao contrário, os elementos juntados aos autos, demonstram não se tratar de cobrança de créditos em duplicidade referentes depósitos efetuados das competências de março e abril de 2003 (mas sim de recolhimentos referentes a janeiro e fevereiro de 2003);
- (b) deve ser afastada a aplicação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, tendo em vista que o diploma legal em análise foi julgado inconstitucional em decisão definitiva do plenário do STF (art. 59 do Decreto nº 7.574/2011) e houve sua expressa revogação pelo art. 79 da Lei nº 11.941/2009 (em observância ao art. 26-A, § 6º, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972, reconhece-se o crédito advindo de recolhimento efetuado sobre

determinadas receitas, como as financeiras, que não se enquadrem no conceito de faturamento, adotado pela Lei complementar nº 70/1991), chegando-se à tabela atualizada de exigência da COFINS de fls. 397 e 398;

- (c) o valor cobrado a título de ISS faz parte do valor da prestação de serviços, compondo a base de cálculo da COFINS, não existindo previsão legal para sua exclusão;
- (d) as sociedades prestadoras de serviços devem recolher a COFINS com base na Lei nº 9.430/96, a qual foi considerada constitucional pelo STF;
- (e) a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela RFB são devidos, no período de inadimplência, à Taxa SELIC; e
- (f) a multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada em função da infração cometida, e a previsão legal para sua redução ocorre somente quando do pagamento ou do parcelamento nos termos da Lei nº 8.218/1991.

Cientificada da decisão em 14/03/2012 (AR às fls. 412), a recorrente apresenta em 12/04/2012 (fls. 413 a 429) Recurso Voluntário, no qual argumenta que:

- (a) os créditos lançados para as competências de março e abril de 2003 foram efetivamente recolhidos judicialmente, como comprovam os documentos de fls. 206/208 e 215/216 dos autos da ação ordinária 2001.71.00.029496-0, juntados à impugnação;
- (b) a inclusão de receitas financeiras e outras receitas na autuação, que foi objeto de revisão pela DRJ, acarreta a nulidade da autuação;
- (c) a não observação da inconstitucionalidade em relação à inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS acarreta cerceamento de defesa, reiterando a argumentação de que afronta os arts. 154, I; e 195, I, “b” e § 4º da Constituição Federal, os princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), do não-confisco (art. 150, IV), da isonomia tributária (art. 150, II) e da segurança jurídica;
- (d) é inaplicável a incidência da Taxa SELIC como juros de mora; e
- (e) houve cerceamento de defesa pela impossibilidade de concessão de reduções sobre a multa de ofício (redução essa que existiria em caso de pagamento ou parcelamento sem interposição de recurso).

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Rosaldo Trevisan, relator

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele se toma conhecimento.

Após o julgamento de primeira instância, remanescem cinco temas controversos: (a) duplicidade de pagamento referente às competências de março e abril de 2003; (b) insubsistência total da autuação por força da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998; (c) não observação da inconstitucionalidade em relação à inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS; (d) inaplicabilidade da Taxa SELIC como juros de mora; e (e) impossibilidade de concessão de redução para pagamento da multa de ofício lançada, em virtude de litigância.

### Da alegada duplicidade de pagamento

A recorrente alegou na impugnação que duas das competências constantes do Auto de Infração (março e abril de 2003) foram objeto de depósito judicial devidamente convertido em renda nos autos da ação nº 2001.71.00.029496-0 (indicando que os comprovantes estariam às fls. 206/208 e 215/216 dos autos da referida ação ordinária, e estavam anexados à impugnação).

O julgador *a quo*, ao verificar tais folhas, realmente encontrou dois pagamentos, um indicando 14/03/2003 (no valor de R\$ 13.735,18), e outro indicando 16/04/2003 (no valor de R\$ 12.677,20). Contudo, verificou que tais pagamentos se referem às competências de janeiro e fevereiro de 2003.

A constatação do julgador é refutada no Recurso Voluntário, sem apresentação de novos documentos, fazendo-se menção aos existentes nas mesmas fls. 206/208 e 215/216 dos autos da ação ordinária, anexadas à impugnação.

Compulsando os autos e retornando às mencionadas folhas, é de se reconhecer, como no julgamento de primeira instância, que a documentação apresentada não se presta a comprovar recolhimentos referentes às competências de março e abril de 2003 (veja-se que os recolhimentos apresentados são efetuados antes do final de tais competências, e não correspondem aos valores declarados).

Improcedentes assim as alegações da recorrente neste tópico.

### Da insubsistência da autuação por declaração de inconstitucionalidade

Inconformada com o fato de o julgador de primeira instância ter expurgado da base de cálculo da COFINS lançada apenas os valores correspondentes a receitas financeiras e outras receitas, a recorrente alega insubsistência total da autuação por força da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998.

Mais uma vez improcedente a argumentação da recorrente, visto que não pode o efeito da declaração de inconstitucionalidade afetar matéria que sequer foi tratada na correspondente ação. O fato de determinada parcela da base de cálculo da COFINS ter sido declarada inconstitucional por decisão plenária do STF não macula a parte intocada pela decisão da Suprema Corte.

Também o fato de o Auto de Infração incluir parcela indevida não eiva de nulidade ou insubsistência a íntegra do processo. Assim fosse, não haveria a possibilidade de revisão de valores (por exemplo, com exclusões da base de cálculo) pelo julgador. Não é o que se vê diariamente na jurisprudência desta corte administrativa.

### **Da inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS**

A recorrente insurge-se ainda contra a manutenção, pelo julgador *a quo*, da inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS, alegando afronta aos arts. 154, I, e 195, I, “b” e § 4º da Constituição Federal, e aos princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º), do não-confisco (art. 150, IV), da isonomia tributária (art. 150, II) e da segurança jurídica.

Afirma ainda que a não análise da inconstitucionalidade (ou o não afastamento da norma inconstitucional) obstaculiza a defesa.

Contudo, tem-se assentada neste CARF a vedação à apreciação administrativa de constitucionalidade (ou de afastamento de norma inconstitucional fora das hipóteses elencadas no § 6º do art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972):

*“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”*

Como já sustentado pelo julgador *a quo*, inaplicável a exclusão do ISS da base de cálculo da COFINS por carência de fundamento legal.

### **Da Taxa SELIC**

Sustenta ainda a recorrente ser inaplicável a título de juros de mora a Taxa SELIC.

Em relação ao tema, é de se informar que também já se encontra pacificado no âmbito deste CARF, na Súmula nº 4:

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

### **Da impossibilidade de redução das multas em caso de litigância**

Manifesta inconformidade a recorrente também em relação ao fato de que, tendo apresentado recurso voluntário, já não goza mais da redução para pagamento da multa de ofício.

Veja-se o que diz o artigo que concede a redução (art. 6º da Lei nº 8.218/1991, hoje com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009):

*“Art. 6º Ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, será concedido redução da multa de lançamento de ofício nos seguintes percentuais:*

*I – 50% (cinquenta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento;*

*II – 40% (quarenta por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado do lançamento;*

*III – 30% (trinta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado da decisão administrativa de primeira instância; e*

*IV – 20% (vinte por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado da decisão administrativa de primeira instância.*

*§ 1º No caso de provimento a recurso de ofício interposto por autoridade julgadora de primeira instância, aplica-se a redução prevista no inciso III do caput deste artigo, para o caso de pagamento ou compensação, e no inciso IV do caput deste artigo, para o caso de parcelamento.*

*§ 2º A rescisão do parcelamento, motivada pelo descumprimento das normas que o regulam, implicará restabelecimento do montante da multa proporcionalmente ao valor da receita não satisfeita e que exceder o valor obtido com a garantia apresentada.*

É preciso não distorcer o teor da norma: ela não agrava a penalidade de quem litiga; ela tão-somente oferece uma redução da multa de ofício a quem não litiga. É um verdadeiro “incentivo à não litigância”, objetivando reduzir a carga de trabalho dos órgãos julgadores.

A regra foi claramente estabelecida, permitindo a cada etapa (após a autuação ou o julgamento de primeira instância) reduções de acordo com a medida tomada (pagamento ou parcelamento) pelo autuado.

Pretender que tal regra seja aplicada a quem litiga equivale (além de oposição a ato legal vigente) a ignorar sua finalidade, tornando inócuo o comando. Se a todos fosse estendida a redução, não existiria mais propriamente uma redução condicional, mas uma multa em patamar generalizadamente menor. Não nos parece sistemática nem teleologicamente aceitável tal interpretação.

Para furtar-se ao cumprimento de tal norma, restaria analisar a argumentação de que seja ela inconstitucional, empreitada que aqui já afastamos ao julgador administrativo, em função da Súmula CARF nº 2.

Assim, improcedente também nesse aspecto a argumentação da recorrente.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Rosaldo Trevisan