



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

Processo nº 10830.005367/2006-02
Recurso nº 153 678 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.257 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2009
Matéria BASE DE CÁLCULO
Recorrente TECIDOS FIAMA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/09/2001 a 30/06/2006

MATÉRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.

A esfera administrativa não tem competência para apreciar matéria de constitucionalidade de normas, conforme Súmula nº 02, *in verbis*.

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

ACORDAM os Membros da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária da 2ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente

Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Gilson Macedo Rosenburg Filho, Emanuel Carlos Dantas, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda

Relatório

Trata o presente processo de pedido de **restituição** da COFINS (fl.01), pago a maior nos períodos de 2001 a 2006, protocolado em 19/10/2006, conforme verso da fl. 01.

Nas razões do pedido (fls.12/23), a contribuinte esclareceu que o crédito nasceu em decorrência dela ter considerado, indevidamente, na base de cálculo da COFINS do período em epígrafe, os valores referentes ao ICMS.

No Despacho Decisório (fls.32/34), foi negado o pedido de ressarcimento, pois o Auditor Fiscal entendeu que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS, além da ilegitimidade da contribuinte em receber a restituição, porquanto quem arcou com os tributos na, realidade, foram os consumidores finais, de modo que a contribuinte já estaria ressarcida do tributo, por ter incorporado o valor deste no valor final do produto.

A contribuinte foi cientificada do Despacho de Decisório em 31/05/2007 (fl.36).

Inconformada, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade junto à DRJ em Campinas – SP (fls.37/51), alegando que o fato do parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 alargar o conceito de “faturamento” fere o art. 110 do CTN, além de diversos dispositivos constitucionais. E que o inciso I do parágrafo 2º do mesmo artigo exclui expressamente o ICMS da base de cálculo da COFINS. Desse modo, “faturamento” é apenas a receita auferida com a venda de produtos e serviço, como o ICMS não é valor advindo dessas vendas, não deve fazer parte da base de cálculo da COFINS.

No acórdão (fls.53/55), a DRJ julgou pela legitimidade da contribuinte em requerer a restituição, “pois, ao contrário do que entendeu o despacho da DRF, essa contribuição não é um tributo que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro”.

A DRJ também julgou que a Lei nº 9.718/98 exclui da base cálculo da COFINS o ICMS pelo vendedor dos bens ou serviço prestado quando estão em condição de substituto tributário, assim, interpretando-se em *contraio sensu*, “o ICMS devido pela interessada compõe a base de cálculo da Cofins”.

No acórdão, também foi esclarecido que as instâncias administrativas não são competentes para apreciar constitucionalidade de leis

A contribuinte foi cientificada do acórdão da DRJ em 16/01/2008 (fl.57)

Em 13/02/2008 a contribuinte protocolou Recurso Voluntário (fls.58/73), ratificando os argumentos utilizados na Manifestação de inconformidade e pedindo a reforma do acórdão da DRJ, para ser declarado o direito à restituição *“dos valores indevidamente recolhidos a título de COFINS incidentes sobre os valores devidos de ICMS, consoante planilha já acostada aos autos, os quais deverão ser acrescidos da taxa SELIC até a data do pagamento ...”*.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte, Relator.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Pretende a recorrente a restituição de valor supostamente pago a maior, sob a alegação de ter incluindo o ICMS, indevidamente, na base de cálculo da COFINS recolhido. Logo, o cerne da questão limita-se à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, matéria exclusivamente de constitucionalidade, já que em discussão no Supremo Tribunal Federal.

Argumenta a contribuinte que a inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS afronta o art. 11 do CTN e o art. 145, parágrafo 1º da Constituição Federal. Ocorre que as matérias de constitucionalidade e legalidade são de competência do judiciário, cabendo a este Conselho apenas examinar o direito com base nas leis vigentes. A apreciação de constitucionalidades de lei é vedada pela Súmula nº 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, se não, veja-se:

“SÚMULA Nº 02

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”

Assim, não há como adentrar ao mérito do recurso voluntário.

A correção pela SELIC é acessório que deve seguir o principal.

Ex positis, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto para manter o acórdão da DRJ.

Jean Cleuter Simões Mendonça



