



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

Processo nº 10980.013227/2006-86
Recurso nº 151.273 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.431 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2010.
Matéria COFINS
Recorrente TEVERE S/A
Recorrida DRJ FLORIANÓPOLIS/SC

Assunto: RESTITUIÇÃO

Período de apuração: 01/11/1996 a 31/10/2001.

PIS. COFINS. COMPENSAÇÃO. EXCLUSÃO DO VALOR DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. INDEFERIMENTO.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins incidem sobre o faturamento, que corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando qual é a composição destas receitas ou se os impostos indiretos compõem o preço de venda.

ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Súmula nº 2 do CARF. Não é competência do CARF se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção de julgamento do CARF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO - Presidente em exercício

assinado digitalmente

JORGE LOCK FREIRE - Relator ad hoc

assinado digitalmente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Nayra Bastos Manatta (presidente), Sílvia de Brito Oliveira, Júlio César Alves Ramos, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Leonardo Siade Manzan e Ali Zraik Júnior.

Relatório

Versam os autos pedido de restituição de COFINS no valor de R\$ 269.405,46 (fl. 15), atualizado pela taxa SELIC, uma vez entender (fls. 05/13) que o valor do ICMS deve ser excluído da base de cálculo daquela contribuição.

A DRF Joaçaba/SC (fls. 33/39) não conheceu do pedido por entender ter decaído seu direito à repetição do indébito. Não resignada com essa decisão, manifestou sua inconformidade (fls. 45/91). A 4ª Turma da DRJ/FNS, em 19/10/2007, prolatou o Acórdão 07-11.092 (fls. 95/98), mantendo o despacho decisório da unidade local da RFB. Contra o referido Acórdão foi interposto recurso voluntário (fls. 109/141), no qual, em suma, o contribuinte argui, em preliminar, a tese da decadência dos 5 + 5, uma vez asseverar tratar-se a COFINS de tributo sujeito a lançamento por homologação, e no mérito entende ser inconstitucional e ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo daquela contribuição social. Por fim, sustenta que sobre o valor que postula repetição deve incidir juros de mora com base na taxa SELIC desde a data do pagamento indevido.

É o relatório.

Voto

De acordo com Despacho de folha 147, nos termos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, o presidente da atual Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento do CARF designou-me para formalizar a decisão não entregue à Secretaria pelo relator original, conselheiro Ali Zraik Jr., o qual não mais integra este Colegiado.

Desta forma, a elaboração deste Acórdão reflete a posição adotada pelo relator original nos termos do que consta na Ata de Julgamento. Assim, o voto a seguir proferido, espelha o entendimento externado por ocasião do julgamento original, não tendo necessário vínculo com o entendimento deste redator designado sobre a matéria.

Deixo de analisar a questão preliminar por decidir acerca da questão de fundo.

A Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, I autoriza apenas a exclusão do ICMS “quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. Em nenhum momento, porém, autoriza a exclusão do ICMS das próprias vendas.

Ocorre ainda que eventuais alegações acerca de inconstitucionalidade da legislação tributária não são oponíveis na esfera administrativa, uma vez que sua apreciação foge à alçada da autoridade administrativa de qualquer instância, não dispondo esta de competência legal para examinar hipóteses de violação às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação dessas questões acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos de validade das normas jurídicas deve ser submetida àquele Poder. Portanto, é inócuo suscitar tais alegações na esfera administrativa, pois à autoridade administrativa é vedado desrespeitar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional, sendo defeso a apreciação da matéria por esse órgão

Neste sentido, o art. 26A do Decreto nº 70.235/72, assim dispõe:

Art. 26A.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º. O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts, 18 e 19 da Lei nº 10,522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia- Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Vale observar que no caso em tela não ocorreu nenhuma das exceções previstas no §6º do artigo acima transcrito.

Outrossim, essa discussão já se encontra pacificada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme o disposto na Súmula 2:

Súmula CARF nº 2:

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

Assim, não comprovado o direito creditório pleiteado, voto por negar provimento ao presente recurso voluntário.

Processo nº 10980.013227/2006-86
Acórdão n.º **3402-00.431**

S3-C4T2
Fl. 151

JORGE LOCK FREIRE

Conselheiro designado *ad hoc* para redação do acórdão.

assinado digitalmente

CÓPIA