



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

Processo nº 13971.001855/2006-16
Recurso nº 138.409 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.154 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente NETZSCH DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/01/2004

AS ESFERAS ADMINISTRATIVAS NÃO SÃO COMPETENTES PARA APRECIAR CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS.

Em consonância com a Súmula nº 02, não é possível a análise da constitucionalidade da legislação tributária, *in verbis*:

“SÚMULA Nº 2

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 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento do GARF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição da COFINS paga sobre o ICMS, no período entre setembro de 2001 a janeiro de 2004 (fls. 01/04), protocolizado em 29/09/2006, sob a alegação de que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS.

A Delegacia da Receita Federal em Blumenau, no Despacho Decisório (fls.34/38), negou o pedido da contribuinte, fundamentando que a contribuição incide sobre todo o faturamento, que corresponde ao total das receitas auferidas e que as exclusões permitidas pela Lei no 9.718/98 não autoriza a exclusão do ICMS das próprias vendas.

Inconformada, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 38/44), alegando, em suma, que o ICMS não se inclui no conceito de faturamento da empresa, pois é um valor que passa transitoriamente pelo caixa da contribuinte e depois é repassado ao Estado.

Alegou, também, que a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS afronta o art. 110 do CTN e que sua exclusão é autorizada pelo inciso I, do Parágrafo 2o, do art. 3o da Lei no 9.718/98.

O acórdão da DRJ em Florianópolis –SC (fls.61/68) foi ementado da seguinte forma:

“BASE DE CÁLCULO DO ICMS

A parcela do faturamento relativa ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, compõe a base de cálculo da Contribuição para o PIS.(sic)

(...)

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados”.

A contribuinte foi intimada da decisão da DRJ em 10/01/2007 (fl.69).

Em 07/02/2007, a contribuinte protocolizou Recurso Voluntário (fls.70/78), combatendo o acórdão da DRJ e alegando o seguinte, em resumo:

Além de ter sua formalização legal perfeita, os tributos devem atender aos Princípios Constitucionais da Capacidade Contributiva, da Vedação do Confisco e da Isonomia. Para isso, o legislador infraconstitucional instituiu o Capítulo IV do CTN como instrumento de contrapeso entre os Princípios.

Alegou que o legislador não excluiu o ICMS da base de cálculo da COFINS, como fez com IPI, porque não poderia retirar da receita bruta uma coisa que não faz parte dela.

Atacou o fato da DRJ não ter apreciado os argumentos concernentes à legalidade e inconstitucionalidade do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Apresentou jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, onde são citados julgados dos tribunais superiores, reconhecendo a inconstitucionalidade do Parágrafo 1º, da art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

Ao fim, requereu o seguinte:

“que seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário, para o fim de ser reformada a decisão recorrida, determinando-se o prosseguimento da análise do pedido de restituição”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, Relator

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

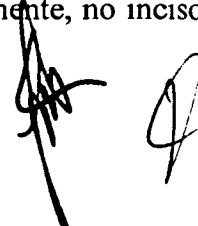
Pretende a recorrente a restituição de valor supostamente pago a maior, sob a alegação de ter incluindo o ICMS, indevidamente, na base de cálculo da COFINS recolhido. Logo, o cerne da questão limita-se à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Argumenta a contribuinte que a inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS afronta o art. 110 do CTN e os Princípios Constitucionais da Capacidade Contributiva, da Vedação do Confisco e da Isonomia. 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, necessário se faz concluir que, no ordenamento jurídico vigente, a hipótese de exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS está, taxativamente, no inciso I do parágrafo 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, *in verbis*:



*“§2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, **excluem-se da receita bruta:***

I-as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. (grifo nosso)

A lei autoriza a exclusão do ICMS pago da base de cálculo da COFINS somente quando este for cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador de serviço, na condição substituto tributário. Nota-se que as hipóteses são restritas por vontade do legislador, se assim não fosse, não haveria necessidade do legislador incluir a parte final do inciso I acima citado.

Como a recorrente é fabricante do produto, e não vendedora enquadrada no art. 3º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98, não há previsão legal para a exclusão do ICMS da sua base de cálculo da COFINS. Nesse sentido, esta turma julgou de modo unânime, o Recurso Voluntário nº 151.748, prolatando o acórdão nº 203-13773 em 03/02/2009 com seguinte ementa:

“Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

***BASE DE CÁLCULO.** A base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento da pessoa jurídica, assim entendido o total de suas receitas, deduzidos dos valores expressamente elencados na legislação dessa contribuição.*

***BASE DE CÁLCULO. COOPERATIVAS.** Inexiste previsão legal para a exclusão dos valores dos custos administrativos e financeiros, assim como do ICMS faturado da base de cálculo da contribuição para o PIS, inclusive, para as sociedades cooperativas de produção agropecuária. **LANÇAMENTO. NULIDADE.** É válido o procedimento administrativo desenvolvido em conformidade com os ditames legais”.* (grifo nosso)

Apesar a ementa acima tratar do PIS, ela serve como norte de análise para a questão em tela, haja vista que o PIS a COFINS tem a mesma natureza tributária, qual seja, contribuição com finalidade social.

A correção pela SELIC é acessório que deve seguir o principal. Não tendo a recorrente direito ao ressarcimento, não terá direito à correção pela SELIC.

Ex positis, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto para manter o acórdão da DRJ, negando o ressarcimento da COFINS, bem como a correção monetária pela Taxa SELIC.

Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2009

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA