



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

**Processo nº** 16624.001249/2007-10  
**Recurso nº** 262.830 Voluntário  
**Acórdão nº** 3401-00.831 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 01 de julho de 2010  
**Matéria** RESTITUIÇÃO/COMP COFINS  
**Recorrente** INOXIL S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/08/2002 a 30/07/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DO CARF PARA SE PRONUNCIAR QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL.

O CARF não tem competência para se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade da norma legal, conforme determinação expressa da Súmula nº 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, a qual foi consolidada pelo CARF com a seguinte redação:

*"O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".*

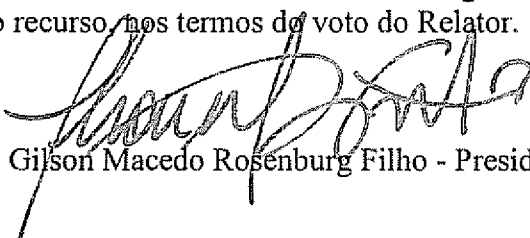
BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ICMS.

Falta previsão legal para excluir da base de cálculo da COFINS o valor referente ao ICMS.

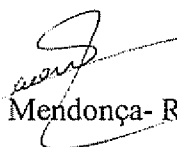
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

  
Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente



  
Jean Cleuter Simões Mendonça- Relator

EDITADO EM 19/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Jean Cleuter Simões Mendonça, Odassi Guerzoni Filho, Fernando Marques Cleto Duarte, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda e Gilson Macedo Rosenberg Filho.

## Relatório

Trata presente processo de pedido de restituição de COFINS (fl.01) recolhida indevidamente entre agosto de 2002 e julho de 2007, conforme demonstrativos de fls.02 e 03. O pedido foi protocolizado em 26/07/2007 com base em decisão do STF que julgou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

O pedido da contribuinte foi negado pela DRF em Guarulhos/SP, sob fundamento de que a exclusão de qualquer valor da base de cálculo deve ter previsão expressa em lei, porém a Lei nº 9.718/98 não excluiu o ICMS da base de cálculo. Além disso, o ICMS compõe o preço da mercadoria, fazendo parte, por consequência, do faturamento (fls.40/44).

Irresignada, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls.48/57) alegando, em resumo, que o ICMS não é abrangido pelo termo receita, pois trata-se de receita do Estado, não podendo o contribuinte ser tributado por tal receita; e que o STF julgou inconstitucional o § 1º, do art.3º, da Lei nº 9.718/98, no que amplia o conceito do termo faturamento.

A DRJ em Campinas/SP, prolatou acórdão com a seguinte ementa (fls.64/66):

### *"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*

*O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.*

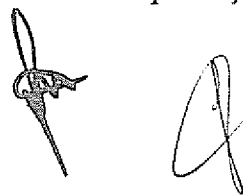
### *ICMS. BASE DE CÁLCULO.*

*O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo da Cofins.*

*Rest/Ress. Indeferido –Comp. não homologada".*

A contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 08/04/2008 (fl.68) e interpôs Recurso Voluntário em 29/04/2008 (fls.70/79) apenas reforçando os argumentos utilizados na Manifestação de Inconformidade e, ao final, pedindo provimento ao recurso interposto a fim de ser deferido o pedido de restituição, "bem como as Compensações realizadas pela empresa Recorrente".

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça, Relator

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

A recorrente pretende ser restituída da COFINS supostamente paga de forma indevida, sob alegação de que o STF julgou que valor do ICMS não compõe a base de cálculo da citada contribuição.

O debate acerca da base de cálculo do PIS e da COFINS chegou ao STF várias vezes em forma de Recurso Extraordinário. Em diversas ocasiões a Primeira e a Segunda Turma julgaram inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, cujo conteúdo tem o mesmo sentido do art. 1º e §1º da Lei nº 10.833/03. Em 09/11/2005 o Pleno do STF julgou os Recursos Extraordinários nº 390840 e nº 346084, cujas relatorias foram dos Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão, respectivamente. Para os dois julgamentos foram prolatadas ementas com a seguinte redação:

*“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobreposição ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada”.* (grifo nosso)

Contudo, especificamente sobre se valor ICMS compõe a receita, o Pleno do STF ainda não decidiu, estando dois Recursos Extraordinários (nº 574706 e nº 55960) com repercussão geral reconhecida, mas aguardando o julgamento.

Para se adentrar nesse mérito, seria necessária uma interpretação constitucional e, dependendo da conclusão, o afastamento da atual aplicação da Lei nº 9.718/98, o que é vedado pela Súmula nº 02 do CARF, *in verbis*:



*“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.*

O CARF poderia afastar a aplicação de lei somente com base em decisão do Pleno do STF transitada em julgado ou em Súmula Vinculante. Como a matéria suscitada pela recorrente não preenche tais requisitos, o CARF não pode afastar a aplicação da Lei nº 9.718/98 com base em inconstitucionalidade.

A Lei nº 9.718/98 não faz nenhuma menção a respeito da exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da COFINS, de modo que não há previsão legal para a exclusão de tal imposto da base de cálculo a contribuição que se pretende ressarcir.

*Ex positis*, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto.

Jean Cleuter Simões Mendonça

