



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

**Processo n°** 10875.910765/2009-61  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3402-002.499 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de setembro de 2014  
**Matéria** COFINS/PIS - RESSARCIMENTO/COMPENSAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO  
**Recorrente** SUPERMERCADOS IRMÃOS LOPES LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/03/2005 a 31/03/2005

COFINS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - ICMS - INCLUSÃO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA.

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS. Precedentes do STJ. As autoridades administrativas e tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, benefícios de exclusão da base de cálculo do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados e administradores essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a convertê-los em inadmissíveis legisladores positivos, condição institucional esta que lhes é recusada pela própria Constituição Federal.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso voluntário. por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

**GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/10/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente e

m 17/10/2014 por FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA, Assinado digitalmente em 20/10/2014 por GILSON MA

CEDO ROSENBERG FILHO

Impresso em 03/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Presidente Substituto

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente Substituto), Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça (Relator), Fenelon Moscoso de Almeida (Suplente), Maria Cristina Sifuentes (Suplente), João Carlos Cassuli Júnior e Helder Massaaki Kanamaru (Suplente).

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 53/70) contra o Acórdão DRJ/CPS nº 05-30.706 de 16/09/10 constante de fls. 46/49 exarado pela da 1ª Turma da DRJ de Campinas - SP que, por unanimidade de votos, houve por bem “julgar improcedente” a manifestação de inconformidade de fls. 02/18, mantendo o r. Despacho decisório (fls. 35) da DRF de Guarulhos - SP que indeferiu o Pedido de Restituição de suposto crédito COFINS do período de 03/05 no valor de R\$ 102.460,67, reputado inexistente, deixando de homologar a compensação declarada, vez que se prenderia à suposta inclusão “indevida” do ICMS na base de cálculo da contribuição.

Por seu turno a decisão de fls. 46/49 da 1ª Turma da DRJ de Campinas - SP, houve por bem “julgar improcedente” a manifestação de inconformidade de fls. 02/18, mantendo o r. Despacho decisório (fls. 35) da DRF de Guarulhos – SP, aos fundamentos sintetizados em sua ementa exarada nos seguintes termos:

*“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Período de apuração: 01/03/2005 a 31/03/2005*

*DIREITO CREDITORIO. ONUS DA PROVA.*

*É do sujeito passivo o ônus de reunir e apresentar conjunto probatório capaz de demonstrar a liquidez e certeza do crédito pretendido.*

*APRESENTAÇÃO DE PROVAS. PRECLUSÃO.*

*As provas documentais devem ser apresentadas no momento da impugnação, sob pena de preclusão, excetuado fundado motivo para não tê-lo feito naquela oportunidade.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Período de apuração: 01/03/2005 a 31/03/2005*

*COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO.*

*Para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo, deve ser demonstrada a liquidez e certeza de crédito de*

*tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*INCONSTITUCIONALIDADE. INSTANCIAS  
ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.*

*PIS. COFINS. BASE DE CALCULO. ICMS.*

*0 valor do ICMS integra a base de cálculo do PIS e da Cofins.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido”*

Nas razões de Recurso Voluntário (fls. 53/70) oportunamente apresentadas, a ora Recorrente sustenta que a reforma da r. decisão recorrida e a legitimidade do crédito restituendo, tendo em vista: a) a legitimidade da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições.

Submetido o processo a julgamento, através da 3401-000.392 (constante de arquivo em PDF sem numeração de páginas do processo físico), em seção de 15/02/12 a C. 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF, por unanimidade de votos acolheu o voto do ínclito Cons. Carlos Dantas de Assis que, com fundamento no art. 62-A, § 2º, do RICARF, houve por bem sobrestar o julgamento até que o STF decida sobre a inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS Faturamento e Cofins.

Em face da revogação do art. 62-A, § 2º, do RICARF, o processo me foi distribuído para relatório, que dou por encerrado.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O Recurso Voluntário preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço e, no mérito não merece provimento.

A r. decisão recorrida merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos e por se conformar com a Jurisprudência do E. STJ, pois como acertadamente ressaltou, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS

**contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98).** Nesse sentido anoto

que a matéria já se pacificou, no âmbito do STJ, como se pode ver da seguinte e elucidativa ementa:

*“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.*

*1. A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo da COFINS e do PIS, ante a ratio essendi das Súmulas 68 e 94 do STJ.*

*2. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.*

*3. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e negar provimento ao recurso especial interposto por Irmãos Amalcaburio Ltda e Outros (fls. 564/592).” (cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp 706766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/06, Rel. Min. LUIZ FUX, publ. in DJU de 29/05/06 p. 169)*

Finalmente releva notar que no caso excogitado (pretensão de exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo “os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello). (cf. Ac. da 1ª Turma do STF no Agr. Reg. no AI nº 171.733-SP, rel. Min. Celso de Mello, publ. in RTJ vol. 188/237)

Isto posto, meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso, para manter a r. decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de setembro de 2014

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Processo nº 10875.910765/2009-61  
Acórdão n.º **3402-002.499**

**S3-C4T2**  
Fl. 4

---

CÓPIA