



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

**Processo n°** 10945.900839/2012-85  
**Recurso n°** 1 Voluntário  
**Acórdão n°** **3801-002.620 – 1ª Turma Especial**  
**Sessão de** 28 de novembro de 2013  
**Matéria** RESTITUIÇÃO  
**Recorrente** MONDAY COMERCIO E DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003

PIS. COFINS. RESTITUIÇÃO. 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.

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

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

Recurso Voluntário 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 relatório e votos que integram o presente julgado. O Conselheiro Sidney Eduardo Stahl votou pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Flávio de Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Processo nº 10945.900839/2012-85  
Acórdão n.º **3801-002.620**

**S3-TE01**  
Fl. 66

---

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes (Presidente), Paulo Sérgio Celani, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antonio Borges e Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira.

CÓPIA

## Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos:

*Trata o presente processo do Pedido de Restituição – PER nº 05005.40520.051007.1.2.043010 por meio do qual a contribuinte solicita o crédito no valor de R\$ 47.414,29, relativo ao DARF de Cofins (código de receita 2172), no valor de R\$ 52.475,00, recolhido em 29/01/2004.*

*Em 01/08/2012 (Rastreamento nº 029227482) o pedido de restituição foi indeferido, pelo fato de que o DARF discriminado na PER acima identificada estava integralmente utilizado para quitação do débito de Cofins do período de apuração de dezembro-03 e na PER/DCOMP nº 24682.79925.021204.1.2.040670, não restando saldo de crédito disponível para o reconhecimento do crédito solicitado.*

*Uma vez cientificada do despacho decisório a contribuinte apresentou em 03/09/2012 a Manifestação de Inconformidade cujo conteúdo é resumido a seguir.*

*Após um breve relato dos fatos, a interessada alega o direito à restituição pleiteada em face do entendimento, adotado em algumas sentenças judiciais, de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins. Sustenta que o ICMS não integra o conceito de faturamento (receita bruta), uma vez que trata-se de mero ingresso de recursos, os quais devem ser repassados ao fisco estadual. Argumenta que o Supremo Tribunal Federal STF tem entendido que o valor do ICMS não pode compor a base de cálculo das contribuições (PIS e Cofins) e transcreve, para fundamentar sua tese, parte do voto do ministro relator proferido no RE 2407852/ MG. Diz, também, que a inclusão do ICMS na base dessas contribuições é ilegal, posto que o mesmo não representa riqueza da contribuinte.*

*Diante do exposto, requer a interessada o acolhimento da manifestação para o fim de deferir integralmente o pedido de restituição. Pede adicionalmente, que os valores a serem restituídos sejam acrescidos da taxa Selic.*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR) julgou improcedente a manifestação de inconformidade, conforme ementa abaixo:

*ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA*

*Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003*

*INCONSTITUCIONALIDADE*

*Não compete à autoridade administrativa apreciar argüições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário.*

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

*Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2003*

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO CREDITÓRIO INFORMADO NO PER/DCOMP.*

*Inexistindo o direito creditório informado no PER/DCOMP, é de se indeferir o pedido de restituição apresentado.*

*BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.*

*Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo da contribuição, pois esse valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando referido imposto é cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.*

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso voluntário apresentado, no qual repisa as razões apresentadas por ocasião da impugnação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Relator Marcos Antonio Borges

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele toma-se conhecimento.

Conforme asseverado no presente recurso, a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é objeto do Recurso Extraordinário (RE) nº 240.785-2 MG, que não foi ainda julgada até a presente data.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18, que trata da mesma matéria, o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei no 9.718/98. A suspensão dos julgamentos deferida liminarmente foi sucessivamente prorrogada nas sessões plenárias realizadas em 04/02/2009, em 16/09/2009, e, finalmente, em 25/03/2010, quando o Tribunal, pela última vez, prorrogou por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

Quanto ao RE nº 240.785-2/MG, o mesmo foi também sustado até o julgamento do ADC no 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento do RE em tela, uma vez que a ADC, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria.

Por conta da suspensão dos julgamentos determinada pelo STF, os processos envolvendo a mesma matéria, pendentes de serem examinados por este Conselho, ficaram também suspensos, em sintonia com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62A<sup>1</sup> do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012.

Contudo, findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, tendo em vista não haver nenhuma decisão vigente nesse sentido nos julgamentos que versam sobre a matéria, bem como, com a edição Portaria MF no- 545, de 18 de novembro de 2013, que revogou os parágrafos do aludido artigo, preliminarmente entendo que não há que se falar em sobrestamento dos autos.

Isto posto, no mérito, veremos que não assiste razão à recorrente.

<sup>1</sup> Art. 62A.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Apesar da recorrente argumentar que o ICMS, por não representar riqueza do contribuinte e sim receita do Erário Estadual, é um ônus fiscal e não faturamento. Esse, porém, refere-se a uma universalidade, um todo composto pelas receitas da empresa, pouco importando qual é a composição destas receitas ou se os impostos indiretos compõem o preço de venda.

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.

Em relação ao PIS, a Jurisprudência encontrava-se pacificada, sendo editada a Súmula nº 68 pelo Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

Súmula: 68 A PARCELA RELATIVA AO ICM INCLUI-SE NA BASE DE CALCULO DO PIS.

Em relação ao FINSOCIAL, que também tinha por base de cálculo o faturamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 94, que estabelece:

Súmula 94. A PARCELA RELATIVA O ICMS INCLUI-SE NA BASE DE CÁLCULO DO FINSOCIAL.

Este também é o entendimento exarado pelo STJ, superada a suspensão liminar dos julgamentos dos processos envolvendo a matéria determinada pelo STF, no âmbito do REsp no 1.127.877-SP (transitado em julgado em 20/06/2012), no sentido de que o ICMS integra sim a base de cálculo do PIS e da COFINS, através de decisão monocrática que negou seguimento ao recurso, com base em jurisprudência da citada Corte, conforme excerto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

A recorrente alega ainda a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, inclusive colacionando entendimento expresso no voto do eminente Relator do RE nº 240.785-2/MG em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre que as alegações acerca da 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 desprezar textos legais em vigor, sob pena de responsabilidade funcional, sendo defeso a apreciação da matéria por esse órgão julgador.

A alegação de inconstitucionalidade de lei também é objeto da abaixo transcrita súmula nº 2 do CARF, de observância obrigatória por parte de seus membros, por força do disposto no art. 72, caput, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009:

*Súmula CARF nº 2 (D.O.U de 22/12/2009, Seção 1)*

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

No mais, o julgamento do Recurso Especial (REsp) no 1.127.877-SP foi submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, razão pela qual o entendimento ali expresso deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, conforme caput do artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho, acima transcrito.

Assim, voto por negar provimento ao presente recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges