



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

**Processo nº** 11030.904415/2012-65  
**Recurso nº** 1 Voluntário  
**Acórdão nº** **3801-003.229 – 1ª Turma Especial**  
**Sessão de** 27 de março de 2014  
**Matéria** RESTITUIÇÃO  
**Recorrente** LATICINIOS BOM GOSTO S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 31/01/2005

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

O valor do ICMS compõe o preço da mercadoria integrando assim o faturamento, que é base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, não havendo razão para a sua exclusão sem expressa disposição legal.

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.

(assinado digitalmente)

Paulo Sérgio Celani - Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Sérgio Celani (Presidente Substituto), José Luiz Feistauer De Oliveira, Sidney Eduardo Stahl, Marcos

Processo nº 11030.904415/2012-65  
Acórdão n.º **3801-003.229**

**S3-TE01**  
Fl. 88

---

Antonio Borges, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel e Jacques Mauricio Ferreira Veloso De Melo.

CÓPIA

## Relatório

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

*O interessado transmitiu Per/Dcomp visando a restituir o crédito nele declarado em razão de pagamento indevido ou a maior de Cofins, relativo ao fato gerador de 31/01/2005.*

*A Delegacia da Receita Federal de jurisdição do contribuinte emitiu despacho decisório eletrônico no qual indefere a restituição pleiteada, sob o argumento de que o pagamento foi utilizado na quitação integral de débito(s) do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição.*

*Irresignado com o indeferimento do seu pedido, tendo sido cientificado em 23/01/2013 (fl. 8), o contribuinte apresentou, em 20/02/2013, a manifestação de inconformidade de fls. 11/21, com os argumentos a seguir sintetizados.*

*Informa que pediu a restituição dos valores pagos a maior a título de Cofins, uma vez que foram pagos sem a exclusão do ICMS da base de cálculo.*

*Traz entendimentos doutrinários e jurisprudência dos tribunais acerca do conceito de faturamento, o qual entende não abarcar o conceito de “ingresso”. O ICMS seria mero ingresso na escrituração contábil das empresas, para posterior destinação ao Fisco, terceiro titular de tais valores.*

*Cita o recurso extraordinário nº 240785, que se encontra em fase decisória no STF, outros excertos doutrinários e princípios constitucionais, discorrendo acerca da impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, visto que não representa riqueza do contribuinte, não fazendo parte da receita ou do faturamento.*

*Por fim, requer seja deferido o seu pedido de restituição, tendo em vista ser inconstitucional a cobrança do PIS/Cofins sem a exclusão do ICMS da base de cálculo, e que os créditos sejam acrescidos de juros Selic, desde o seu pagamento indevido até a data da restituição/compensação.*

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

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

**Data do fato gerador: 31/01/2005**

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

*Não há previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Cofins apuradas pelos regimes cumulativo e não-cumulativo.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido*

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso voluntário apresentado, no qual repisa os argumentos apresentados na Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Relator Marcos Antonio Borges

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

O direito creditório não existiria, segundo o despacho decisório inicial, porque os pagamentos constantes do pedido estariam integralmente vinculados a débitos em DCTF e não teriam sido demonstradas a liquidez e a certeza dos indébitos.

Na análise eletrônica dos PERDCOMPs de pagamento indevido ou a maior o objetivo é confirmar a existência de indébito tributário, confrontando informações das declarações apresentadas com os pagamentos realizados. Não se está analisando efetivamente o mérito da questão, o que somente será viável a partir da manifestação de inconformidade apresentada pelo requerente, na qual, espera-se, seja descrita a origem do direito creditório pleiteado e sua fundamentação legal.

Foi o que sucedeu no recurso apresentado, no qual a recorrente alega que os créditos pleiteados referem-se a pagamentos a maior da contribuição ao PIS e da Cofins, em razão da inclusão do ICMS nas bases de cálculo destas contribuições.

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, juízes 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.

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 da Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, que revogou os parágrafos 1º e 2º do artigo 62A do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, que previam o sobrestamento dos julgamentos dos recursos sempre que o STF também

sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, preliminarmente entendendo que não há que se falar em sobrestamento dos autos.

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

O valor do ICMS compõe o preço da mercadoria sendo calculado “por dentro”, ou seja, o montante do próprio imposto está incluído na sua base de cálculo, nos termos do art. 13, §1º, inciso I da LC 87/96, integrando assim a receita bruta ou faturamento, que é base de cálculo das contribuições, não havendo razão para a sua exclusão sem expressa disposição legal para tanto.

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 partir da Lei 10.637, de 2002, e à Cofins, a partir da Lei 10.833, de 2003, para aquelas empresas sujeitas ao regime não cumulativo de apuração das referidas contribuições, estas passaram a ter como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, porém não trazendo qualquer disposição que se refira à possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo. O inciso VII do art. 1º das retrocitadas leis, incluído pela Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009, prevê apenas a exclusão das receitas decorrentes de transferência onerosa de créditos acumulados de ICMS originados de operações de exportação.

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 CÁLCULO 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), que foi submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, 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.*

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 julgador, nos termos da Súmula nº 2 do CARF, de observância obrigatória por parte de seus membros.

Assim, diante do exposto, voto por negar provimento ao presente recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Antônio Borges