



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

**Processo n°** 16624.000518/2008-10  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3403-002.652 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 27 de novembro de 2013  
**Matéria** EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS  
**Recorrente** ATLANTA QUÍMICA INDUSTRIAL LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Período de apuração: 01/03/2003 a 31/03/2003

PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração da base de cálculo de PIS/Cofins não se pode excluir o valor do ICMS pago pela contribuinte. O valor constante da nota fiscal, pelo qual se realiza a operação de venda do produto, configura o faturamento sujeito à incidência de PIS/Cofins, de modo que, ainda que o recolhimento do ICMS aconteça em momento concomitante à operação de venda, isto não altera o valor da operação de compra e venda e, conseqüentemente, do faturamento.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Marcos Tranchesi Ortiz e Ivan Allegretti.

## Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição fundado na alegação de que o valor do ICMS não deveria ter integrado a base de cálculo da Cofins, referente ao recolhimento do mês de março de 2003.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Guarulhos/SP (DRF), por meio do Despacho Decisório (fls. 21/25) negou o pedido do contribuinte, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

*Assunto: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - PIS.*

*Ementa: A exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, cobrado na condição de contribuinte, depende de expressa previsão legal, a qual não existe, razão pela qual o imposto apurado não pode ser deduzido.*

*Resultado: PEDIDO INDEFERIDO – Não reconhecimento do direito creditório .*

A DRF, entendeu que (1) tanto a Lei nº 9.718/98 como a Lei nº 10.833/03 determinaram as receitas a serem excluídas da base de cálculo do Cofins, admitindo no caso do ICMS a sua exclusão apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário e que (2) “sendo o faturamento o produto das vendas, e o ICMS imposto calculado por dentro, ele obviamente compõe o preço e, conseqüentemente, o faturamento” (fl. 24).

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 35/52) alegando sucintamente que (1) a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS prescinde de previsão legal, pois teria respaldo no princípio da capacidade contributiva e que (2) considerando-se que o faturamento dever ser entendido como receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, por isso seria impossível afirmar que nele está incluso o ICMS.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP (DRJ), por meio do Acórdão nº 05-37.167, de 14 de março de 2012 (fls. 61/68), manteve a decisão da DRF, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

*ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep*

*Período de apuração: 01/03/2003 a 31/03/2003*

*EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS*

*Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo do PIS, 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.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito creditório não reconhecido.*

A DRJ entendeu que (1) não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS do cálculo da Cofins, não houve cobrança indevida da contribuição e que (2) o

legislador não incluiu o ICMS na base de cálculo do PIS e nem poderia, porque o ICMS já estaria contido no conceito de faturamento, sendo parte integrante do preço final de venda.

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 74/91) reiterando os argumentos anteriormente expostos.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso voluntário foi protocolado em 30/05/2012 (fl. 74), dentro do prazo de 30 dias contados da notificação do acórdão da DRJ, ocorrida em 10/05/2012 (fl. 71).

Por ser tempestivo e conter fundamentos de reforma ao acórdão recorrido, dele tomo conhecimento.

O recorrente sustenta a impossibilidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS, por violação ao conceito de faturamento contido no art. 195, I, da Constituição e ao art. 2º da Lei Complementar nº 70/91.

No plano em que o enfrentamento das razões de recurso impõe o pronunciamento sobre a constitucionalidade de dispositivos das leis, cumpre esclarecer que foge à competência deste órgão julgador administrativo pronunciar-se a este respeito, conforme disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF.

Com efeito, dispõe o art. 62 do RICARF que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*”.

Sob o aspecto da interpretação da lei, este Conselho já se manifestou reiteradamente no sentido da impossibilidade de exclusão do ICMS na base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se verifica, exemplificativamente, nas seguintes ementas:

*COFINS - INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.*

*BASE DE CÁLCULO - Irreparável a exigência fiscal, cuja base de cálculo guarda conformidade com as determinações contidas nos artigos 2º e 7º da Lei Complementar nº 70/91. Recurso ao qual se nega provimento.*

*(Acórdão nº 203-08745, Relatora Maria Teresa Martínez López, j. 18/03/2003 – grifo editado)*

*COFINS - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO ICMS - A base de cálculo da COFINS é a receita bruta de venda de mercadorias, admitidas apenas as exclusões expressamente previstas na lei. O ICMS está incluso no preço da mercadoria, que, por sua vez, compõe a receita bruta de vendas. Não havendo nenhuma autorização expressa da lei para excluir o valor do ICMS, esse valor deve compor a base de cálculo da COFINS.*

*MATÉRIA CONSTITUCIONAL - É vedado aos tribunais administrativos apreciar a constitucionalidade ou legalidade dos atos legais regularmente editados pelo Poder Legislativo.*

*ENCARGOS LEGAIS - Não há como contestar sua cobrança, quando constituídos de acordo com as normas legais que regem a matéria. Recurso negado*

*(Acórdão nº 203-09618, Relator Valdemar Ludvig, j. 15/06/2004 – grifo editado)*

*COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. O ICMS compõe o faturamento da empresa, não existindo previsão legal que possibilite sua exclusão legal da base de cálculo para a Cofins, como já definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº REsp 152.736/SP, com acórdão publicado no DJU, Seção I, de 16/02/98.*

*EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não há previsão legal para excluir da base de cálculo da Cofins a parcela do ICMS cobrada pelo intermediário (contribuinte substituído) da cadeia de substituição tributária do comerciante varejista. O ICMS integra o preço da venda da mercadoria, e, estando agregado ao mesmo, inclui-se na receita bruta ou faturamento. Recurso negado.*

*(Acórdão nº 202-16994, Relator Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, j. 28/03/2006)*

*COFINS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - O ICMS integra a base de cálculo da COFINS por compor o preço do produto e não se incluir nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 2 da Lei Complementar nr. 07/70.*

*MULTA - Reduz-se a penalidade aplicada, por força do art. 106, inciso II, do CTN, c/c o art. 44, inciso I, da Lei nr. 9.430/96. Recurso provido em parte.*

*(Acórdão nº 201-71269, Relator Expedito Terceiro Jorge Filho, j. 09/12/1997)*

*COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO ICMS. A parcela referente ao ICMS, por ser cobrada por dentro, inclui-se na base de cálculo da Cofins. Precedentes jurisprudenciais. Recurso negado.*

*(Acórdão nº 204-01837, Relator Jorge Freire, j. 18/10/2006)*

Também no âmbito do judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, exercendo seu papel de uniformização da jurisprudência, consolidou o seu entendimento no mesmo sentido, de que o ICMS não pode ser excluído da base de cálculo de PIS/Cofins, conforme se confere, exemplificativamente, nos seguintes julgados:

*TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS: INCIDÊNCIA - INCLUSÃO NO ICMS NA BASE DE CÁLCULO.*

1. O PIS e a COFINS incidem sobre o resultado da atividade econômica das empresas (faturamento), sem possibilidade de reduções ou deduções.

2. Ausente dispositivo legal, não se pode deduzir da base de cálculo o ICMS.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 501626/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.08.2003, DJ 15.09.2003 p. 301)

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 2º, III. VALORES TRANSFERIDOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MP Nº 1991-18/2000. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97, IV, DO CTN. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. SÚMULAS NºS 68 E 94, DO STJ. PRECEDENTES.*

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento em face de acórdão a quo segundo o qual não são possíveis de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a outras pessoas jurídicas. Asseverou, também, com base nas Súmulas nºs 68 e 94 do STJ, estar pacificado o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS.

(...)

4. Pacífico o entendimento nesta Corte de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie) e também do PIS. Súmulas nºs 68 e 94/STJ, respectivamente: “a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS” e “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.”

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 750.493/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.05.2006, DJ 08.06.2006)

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI nº 9.718/98. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1991-18/2000. REVOGAÇÃO. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SÚMULA 83 DO STJ.*

1. A jurisprudência firmada na 1ª Seção desta Corte é a de que o ICMS compõe a base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94/STJ (AG 520431, Rel. Ministro João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ 24.05.04; AGREsp 463.629/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 06/01/03).

2. "A exclusão prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 9.718/98 não chegou a produzir efeitos no mundo jurídico, visto que condicionada a regulamento do Poder Executivo, o qual não veio a ser editado até o advento da Medida Provisória n.º 1.991-18/2000, que, por sua vez, a revogou (cf. REsp 502.263/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.10.03; REsp 512.232/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 20.10.03)". (RESP 641377, Rel. Min. Franciulli Neto, 29/11/2004) 3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 667.170/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 224)

Sabe-se que a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins ganhou novo fôlego com o julgamento do Recurso Extraordinário n° 240.785, ainda em andamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

E ficou ainda mais aquecida com a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 18.

Ocorre que ainda não houve desfecho do julgamento de nenhuma destas ações, não se podendo ainda dizer que exista decisão final do STF quanto à inconstitucionalidade do cômputo do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS.

De outro lado, conforme ilustrado acima, é entendimento consolidado das Câmaras deste Conselho de Contribuintes e do Superior Tribunal de Justiça que não há respaldo legal para a exclusão do ICMS.

Some-se a isto, conforme esclarecido no início do voto, que este tribunal administrativo não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei.

Deve, por tais razões, prevalecer o entendimento sedimentado na jurisprudência, de que o ICMS integra o preço do produto, de sorte que o valor total da nota fiscal deve ser tomado como faturamento, sofrendo a incidência de PIS/Cofins.

Nada obstante o ICMS componha parte do valor que se recebe pela venda do produto, isto não implica em redução do preço de venda, e é este preço de venda que compõe o faturamento sobre o qual incide PIS/Cofins.

Voto por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ivan Allegretti

Processo nº 16624.000518/2008-10  
Acórdão n.º **3403-002.652**

**S3-C4T3**  
Fl. 98

---

CÓPIA