

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14/04/2008.
Silvio Sérgio Barbosa Mat: SCS 91745

BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÕES. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E ISONOMIA. RESTITUIÇÃO INDEVIDA.

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 negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

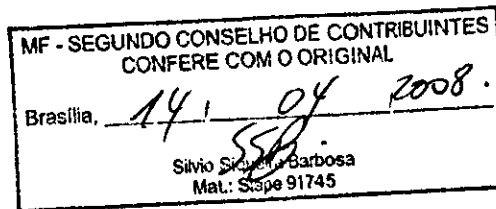
Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo d'êça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'ÊÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva e José Antonio Francisco.

Ausente o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 696/727, vol. IV) contra o v. Acórdão DRJ/POA nº 5.140, de 27/01/2005 (fls. 682/687, vol. IV), intimado em 16/02/2005 (fl. 695) e exarado pela 2ª Turma da DRJ em Porto Alegre - RS, que, por unanimidade de votos, houve por bem indeferir a manifestação de inconformidade de fls. 641/660 (vol. IV), deixando de homologar o pedido de restituição de PIS de fl. 01, formulado em 15/08/2002, e pedidos de compensação de fls. 02 e 119/136 (vol. I), todos indeferidos por Despacho Decisório da Saort da DRF em Caxias do Sul - RS (fls. 630/633, vol. IV), através dos quais a ora recorrente pretendia ver restituídos recolhimentos a maior de PIS no valor de R\$ 148.356,99, efetuados no período de 08/92 a 12/2001 (cf. Guias Darfs de fls. 23/118 e demonstrativos de fls. 08/12), com débitos vincendos administrados pela SRF e objeto dos pedidos de compensação de fls. 02 e 119/136 (vol. I).

Por seu turno, a r. Decisão de fls. 682/687 (vol. IV), exarada pela 2ª Turma da DRJ em Porto Alegre - RS, houve por bem indeferir a manifestação de inconformidade de fls. 641/660 (vol. IV), deixando de homologar o pedido de restituição de PIS de fl. 01, formulado em 19/11/2003, e os pedidos de compensação de fls. 02 e 119/136 (vol. I), aos fundamentos sintetizados em sua ementa exarada nos seguintes termos:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/08/1992 a 31/12/2001

Ementa: ICMS - O ICMS compõe o preço das mercadorias e serviços sobre os quais incide e, conseqüentemente, o faturamento. Sendo um imposto sobre as vendas, deve compor a receita bruta para efeito de base de calculo da Cofins.

DECADÊNCIA - O direito de pleitear a restituição ou a compensação de valores pagos a maior/indevidamente, extingue-se em 5 anos, contados a partir da data de efetivação do suposto indébito, posição corroborada pelos PGFN/CAT 678/99 e PGFN/CAT 1538/99.

Solicitação Indeferida".

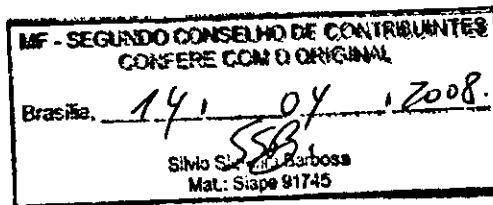
Nas razões de recurso voluntário (fls. 696/727, vol. IV) oportunamente apresentadas a ora recorrente sustenta a reforma da r. decisão recorrida e a legitimidade do crédito compensando, tendo em vista: a) a inoccorrência da decadência, conforme a jurisprudência judicial que cita; e b) a legitimidade de seus direitos à restituição e à compensação pleiteados, nos termos da jurisprudência citada.

Às fls. 752/754 a d. Fiscalização noticia a desistência parcial do presente recurso pela autuada relativamente aos débitos dos períodos de apuração de 07/2002, 05/2003 e 07/2003 (cf. fl. 762).

É o Relatório.

[Assinatura]

[Assinatura]



Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, mas, no mérito, não merece provimento.

A conclusão da r. decisão recorrida efetivamente não destoa da jurisprudência deste Conselho, que há muito já assentou que o prazo decadencial previsto no art. 168 do CTN extingue-se em 5 (cinco) anos, contados a partir da data de efetivação do recolhimento indevido, tal como reconhecido pelos PGFN/CAT n.ºs 678/99 e 1.538/99. Conseqüentemente, o pedido de restituição do PIS formulado em 15/08/2002 não poderia abranger recolhimentos anteriores a 15/08/97.

De fato, como também é elementarmente sabido, o direito à repetição do indébito tributário, seja em razão de erro de fato ou de direito, decorre diretamente da própria Constituição e encontra seu fundamento jurídico nos princípios da legalidade da tributação e da administração constitucionalmente assegurados (arts. 37 e 150, inciso I, da CF/88), que, como ensina Brandão Machado, consubstanciam não só o “fio diretor do comportamento da administração pública”, mas também a “fonte” do direito público subjetivo do indivíduo de não ser tributado senão exatamente como prescreve a lei (cf. *in* “Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira”, Ed. Saraiva, 1984, pág. 86), cuja inobservância enseja violação do direito de quem paga o tributo, que, por sua vez, adquire, no exato momento em que cumpre a obrigação tributária indevida, os direitos ao crédito e à pretensão contra a Fazenda Pública da restituição do indébito.

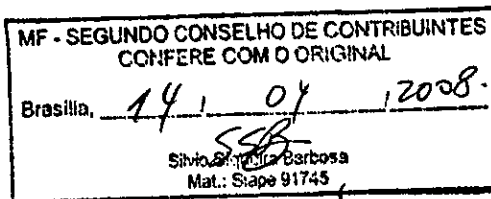
Entretanto, assim como não se confundem o direito à repetição do indébito tributário (arts. 165 a 168 do CTN) com as formas de sua execução, que se pode dar mediante compensação (arts. 170 e 170-A do CTN; 66 da Lei n.º 8.383/91; e 74 da Lei n.º 9.430/96), não se confundem os prazos para pleitear o direito à repetição do indébito (art. 168 do CTN) com os prazos para a homologação de compensação ou para a ulterior verificação de sua regularidade (arts. 156, inciso II, parágrafo único, do CTN; e 74, § 5.º, da Lei n.º 9.430/96, com redação dada pela Lei n.º 10.833, de 29/12/2003 - DOU de 30/12/2003). Ao pressupor a existência de “créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública” (art. 170 do CTN), é evidente que a lei desautoriza a homologação de compensação em pedidos que tenham por objeto créditos contra a Fazenda, cujo direito à restituição ou ao ressarcimento já se ache extinto pela decadência (art. 168 do CTN).

No caso concreto, verifica-se que, através do pedido de restituição de PIS de fl. 01, formulado em 15/08/2002, a ora recorrente pretendia ver restituídos recolhimentos a maior de PIS no valor de R\$ 148.356,99, efetuados no período de 08/92 a 12/2001 (cf. Guias Darfs de fls. 23/118 e demonstrativos de fls. 08/12), cujo prazo para restituição já se tinha expirado desde 08/97.

Mas também no período não atingido pela decadência a r. decisão recorrida mostra-se incensurável.

[Assinatura]

[Assinatura]



Realmente, por outro lado, como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI e 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. Acórdão da 1ª Turma do STJ no EDcl no AgRg no REsp nº 706.766-RS, Reg. nº 2004/0168598-2, em sessão de 18/05/2006, rel. Min. Luiz Fux, publ. in DJU de 29/05/2006, p. 169)

Se não bastasse, a jurisprudência desta Corte Administrativa também já assentou que a autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelo Poder Legislativo, sendo certo ainda que, no caso excogitado (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. Acórdão 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).

Considerando a inexistência de créditos líquidos e certos contra a Fazenda Pública - vez que já se achavam extintos pela decadência por ocasião do pedido de restituição de fl. 01 -, os débitos eventual e indevidamente compensados devem ser cobrados através do procedimento previsto nos §§ 7º e 8º do art. 74 da Lei nº 9.430/96 (redação da Lei nº 10.833, de 2003).

Jou

Rdy

Processo n.º 11020.003699/2002-18
Acórdão n.º 201-80.912

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14. 02 2008.
Sérvio Sérgio Caribosa
Mat.: Slape 91745

CC02/C01
Fls. 772

Isto posto, pelas razões expostas, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário (fls. 148/153), mantendo a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.


FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'ÊÇA

