



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13836.000159/2007-28
Recurso n° 154.854 Voluntário
Acórdão n° 2803-00.129 – 3ª Turma Especial
Sessão de 01 de junho de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO / COMPENSAÇÃO PIS
Recorrente REBIERE INGREDIENTES ALIMENTÍCIOS LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2002 a 30/04/2002

PRESCRIÇÃO. ART. 165, I E 168, I, AMBOS DO CTN. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior ou indevidamente extingue-se em cinco anos, contados a partir do pagamento do tributo, conforme previsão dos arts. 165, I e 168, I, ambos do CTN.

A prescrição pode ser decretada de ofício, conforme preceitua a Lei n°. 11.280/2006, art. 3º, que alterou o art. 219, §5º, do CPC.

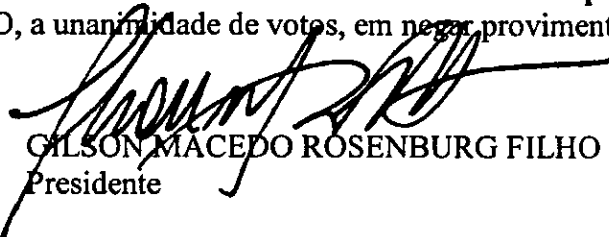
PIS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

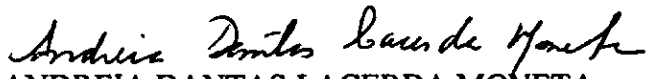
A parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do PIS por se tratar de tributo que integra o preço de venda de mercadorias e serviços e, conseqüentemente, a receita bruta do contribuinte, sem estar entre aquelas excluídas pela lei.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO, a unanimidade de votos, em negar provimento ao presente recurso.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente


ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA
Relatora

Participou ainda do presente julgamento os Conselheiros Alexandre Kern e Luís Guilherme Queiroz Vivacqua.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 43/57) interposto pelo contribuinte acima identificado, em 20/03/2008, contra acórdão nº 05-19.970 – 1ª Turma da DRJ em Campinas/SP, datado de 07 de novembro de 2007, que indeferiu o pedido de restituição, nos termos da ementa do acórdão (fls. 38), abaixo transcrita:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Periodo de apuração: 01/02/2002 a 30/04/2002

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

ICMS. BASE DE CÁLCULO.

O valor do ICMS devido pela própria contribuinte integra a base de cálculo do PIS.

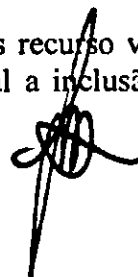
Solicitação Indeferida.

Em 15/05/2007, o contribuinte apresentou pedido de restituição de PIS, no valor de R\$ 10.190,28, relativos aos períodos de apuração de fevereiro de 2002 a abril de 2002, conforme documentos de fls. 01/03.

Em 13/06/2007 (fls. 24/26) a autoridade local indeferiu o pedido de restituição protocolizado pela Recorrente.

A DRJ indeferiu a solicitação, nos termos da Ementa já transcrita.

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes, aduzindo, em suma, ser inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep.



É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes. It appears to be a stylized name or set of initials.

Voto

Conselheira ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA, Relatora

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O presente recurso voluntário não merece provimento.

Primeiramente, verifica-se que o pleito restitutivo refere-se ao período de apuração compreendido entre 01/02/2002 a 30/04/2002, tendo sido o pedido de restituição formulado no dia 15/05/2007.

A prescrição, mesmo não sendo debatida nas instâncias administrativas inferiores, entendo que a mesma pode ser decretada de ofício, tendo em vista a alteração sofrida pelo art. 219, §5º, do Código de Processo Civil – CPC, pelo art. 3º, da Lei nº. 11.280/2006.

Atualmente, o artigo 219, §5º, do CPC possui a seguinte redação:

*“Art. 219. (omissis)
§5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”*

Desta feita, não restam dúvidas de que a prescrição pode ser decretada de ofício, donde, doravante, passaremos a analisá-la.

O direito e prazo para pleitear restituição de indébito estão disciplinados nos arts. 165 e 168 do CTN, que assim dispõem:

“Art. 165 O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

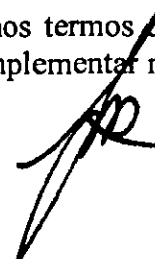
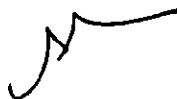
(...)

Art. 168 O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

Aplica-se, portanto, o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do caput do art. 168 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.



No lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento do tributo e se confirma com a homologação ocorrida cinco anos depois, o que é ratificado pelo art. 3º da Lei Complementar nº. 118/2005.

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05, que assim dispõe:

"Art. 3º Para efeitos de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei."

"Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

O art. 3º da LC 118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370-MT, de 24 de outubro de 2008.

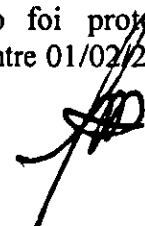
Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. No tocante a Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que se o STF considerar que a interpretação do STJ contraria o CTN (tese dos 5 + 5), as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam meramente interpretativas.

Assim sendo, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, o art. 4º da LC 118/05, não foi retirado do mundo jurídico, não tendo como ser afastado do julgamento administrativo em questão, em aplicação ao que dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

"I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

No presente caso, o pedido de restituição foi protocolizado no dia 15/05/2007, e refere-se ao período de apuração compreendido entre 01/02/2002 a 30/04/2002,



donde conclui-se os supostos pagamentos indevidos encontram-se prescritos, posto que foram recolhidos a mais de 5 (cinco) anos, nos termos da fundamentação supra.

Ainda que se passe pela questão da prescrição, melhor sorte não teria a recorrente em ver seu recurso provido.

No que se refere ao pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS, melhor sorte não encontra a recorrente.

A Lei nº. 9.718/98, ao tratar da Contribuição para o PIS/Pasep, elegeu, como base de cálculo, o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta decorrente das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (art. 3º, §1º).

O § 2º, do art. 3º, da referida Lei dispõe que não integra a receita bruta, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição:

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

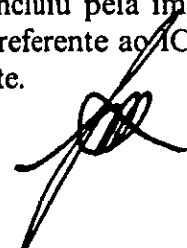

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

V - a receita decorrente da transferência onerosa, a outros contribuintes do ICMS, de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Medida Provisória nº 451, de 2008)

Constata-se, de plano, que o ICMS não está entre as parcelas que podem ser excluídas da base de cálculo do PIS/Pasep.

Em sintonia com as Súmulas nºs 68 e 94, do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, o Conselho de Contribuintes, vem, reiteradamente, decidindo no sentido de que o valor do ICMS, incluído no preço das mercadorias, integra a base de cálculo do PIS/Pasep, podendo-se citar, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 202-18.398, de 18/10/2007; 202-18.956, de 10/04/2008, 203-12.403, de 19/09/2007.

Correta, portanto, a decisão recorrida que concluiu pela impossibilidade de exclusão da base de cálculo do PIS/Pasep, da parcela do preço referente ao ICMS, em face da ausência de previsão legal que ampare a pretensão da contribuinte.



Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 01 de junho de 2009.

Andreia Dantas Lacerda Moneta
ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA

