



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

**Processo n°** 11610.011125/2006-05  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3302-002.701 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 21 de agosto de 2014  
**Matéria** COFINS - RESTITUIÇÃO  
**Recorrente** COPERSUCAR - COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/10/1996 a 30/09/2001

**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. PRESCRIÇÃO**

O regramento estabelecido pela Lei Complementar 118/2005, de 09/02/2005, aplica-se aos pedidos de restituição formalizados após o decurso do *vacatio legis*, ou seja, a partir de 09/06/2005. Para solicitações formalizadas em data anterior, a contagem do prazo prescricional segue a regra decenal com termo inicial na data do fato gerador, conforme entendimento consolidado no STJ.

**BASE DE CÁLCULO DO PIS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS DO STJ. PRECEDENTES.**

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.

**SOBRESTAMENTO. ART.62-A DO RICARF. REVOGAÇÃO.**

Revogado o art. 62ª do Regimento Interno do CARF pela Portaria MF nº 545 de 18.11.2013, indevido o sobrestamento do feito, quando não sujeito ao regime do art. 543C do CPC.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/01/2015 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 15/01/2015

por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 27/01/2015 por GILENO GURJAO BARRETO

Impresso em 27/01/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente.

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO – Relator.

EDITADO EM: 30/12/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes, Paulo Guilherme Déroulède e Gileno Gurjão Barreto. Ausente, momentaneamente, a conselheira Fabiola Cassiano Keramidas.

## Relatório

Adota-se o relatório da decisão recorrida, por bem refletir a contenda.

Trata o presente processo, protocolizado em 13.11.2006 pela empresa acima identificada, de pedido de restituição no valor de R\$ 17.485.801,53 (fls. 0104, e 23) relativo à recolhimentos da contribuição para a COFINS dos períodos de apuração de 10.96 a 09.2001 (planilhas de fls. 17/18). A requerente alega, em síntese, que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS (fls. 0104).

Por meio do despacho decisório da EQITD/DIORT/DERAT/SPO de fls. 92 a 96, foi indeferido o pedido de restituição, em síntese, com base nos seguintes fundamentos:

i) Como o pedido de restituição foi protocolizado em 13.11.2006, houve o decurso do prazo decadencial para os pagamentos efetuados antes de 13.11.2001, conforme previsto nos artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

ii) O ICMS não consta na lista de parcelas a serem excluídas do conceito de receita bruta, exceto no caso de ter sido retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, conforme se infere do parágrafo único do §2º do art. 3º da Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998.

O contribuinte, inconformado com despacho decisório que indeferiu seu pleito, apresentou manifestação de inconformidade (fls. 99 a 107) na qual argumenta, em síntese, que:

A r. decisão recorrida considerou extinto em razão da decadência o direito à recuperação dos montantes recolhidos há mais de 5 anos antes da propositura do pleito (o que abrange a totalidade do crédito em questão), que se deu em 13/11/2006;

Sucedede que é pacífico na jurisprudência que o prazo para restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, tal como ocorre com a COFINS, é de dez anos e não de cinco;

Assim, pelo critério de cálculo do prazo prescricional adotado pela Corte Superior (10 anos da data do recolhimento do tributo), ainda não se encontrava o mesmo decorrido quando da formulação do pleito de restituição de que se cuida;

No caso concreto, a homologação tácita do lançamento teria ocorrido 5 (cinco) anos após o "auto lançamento", contados do pagamento da contribuição. Após este período haveria a contagem de mais 5 (cinco) anos, de modo que a

prescrição apenas se verificaria, no total após 10 (dez) anos da data do recolhimento do tributo;

O ICMS, independentemente de ser calculado "por dentro" (ao contrário do que sucede com o IPI), não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, tratando-se de tributo que, por sua característica, é destacado na nota fiscal de venda e, ato contínuo, repassado ao Estado. O contribuinte age, apenas, como depositário dos valores, não se tratando de montantes que vêm a incrementar o seu patrimônio;

Disto resulta que, embora incluído no preço desembolsado pelo adquirente da mercadoria, o ICMS não corresponde à receita do vendedor, já que os valores, por disposição legal, devem ser recolhidos (repassados) ao erário estadual;

As entradas, ingressos e créditos de uma pessoa jurídica, que representam compromissos seus, não são receitas, em seu sentido restrito e mais técnico, por não contribuírem na formação do resultado da pessoa jurídica, nem terem sua propriedade adquirida, já que não há o poder completo de disposição (que caracteriza a propriedade);

A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é ilegítima;

Os membros da 9ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, por unanimidade de votos, resolveram julgar improcedente a manifestação de inconformidade.

Intimada do acórdão supra, inconformada a Recorrente interpôs recurso voluntário em 07/06/2013.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

## DA PRESCRIÇÃO

Com o advento da Lei Complementar nº 118/2005, a extinção do crédito tributário no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação ocorreria no momento do pagamento antecipado, conforme previsto no do inciso I, do art. 168, do CTN. Assim, nos termos dos dispositivos legais mencionados, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo quinquenal contado a partir do pagamento indevido.

O STF recentemente decidiu através do recurso extraordinário nº 566.621/RS acerca da questão do prazo prescricional para pleitear restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos seguintes termos:

*DIREITO TRIBUTÁRIO LEI INTERPRETATIVA APLICAÇÃO  
RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005  
DESCABIMENTO VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA  
NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS  
APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU*

*COMPENSAÇÃO DE INDEBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.*

*Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, as também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.*

*Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.*

***Aplicação do art. 543B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.***

*Recurso extraordinário desprovido.*

*(STF/RE 566621/RS, sessão de 04/08/2011, DJ 11/10/2011).  
(grifos nossos)*

Assim, a regra a ser utilizada sob esse prisma é aquela definida pela data em que foi interposta a ação ou, no caso, o pedido administrativo de restituição. Sendo o pleito formalizado após 09/06/2005, a LC 118/2005 é aplicável em sua plenitude.

Na presente situação o pedido foi formalizado em **13/11/2006**, data posterior a **09/06/2005**. Aplicar-se-á, portanto, o prazo quinquenal nos termos do julgado supracitado.

Sob esse prisma, considerando que trata-se de créditos de PIS/COFINS apurados no período compreendido entre outubro/1996 a setembro/2001, temos que no período anterior a **13/11/2001** caracterizou-se a prescrição.

Neste particular considero prescrito o direito à restituição dos valores anteriores a **13/11/2001**.

### **BASE DE CÁLCULO DO PIS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS DO STJ. PRECEDENTES.**

De início cumpre esclarecer que a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é objeto ao menos de dois processos judiciais sob a responsabilidade do STF, no caso, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 240.7852MG, sendo que, nenhuma das duas ações foi ainda julgada até a presente data.

Relativamente à ADC nº 18, 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 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 240.7852MG, este foi também suspenso até o julgamento do ADC nº 18.

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 62-A 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.

Todavia, em 20 de novembro de 2013 foi publicada a Portaria MF nº 545 de 18.11.2013 que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda, onde restou prescrito o que segue:

*“O Ministro de Estado da Fazenda, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002.*

*Resolve:*

*Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF.*

*Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”*

Neste sentido, entendo por bem julgar o presente recurso voluntário, haja vista não haver mais óbice para sua suspensão.

Pois bem, o E. Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão monocrática e definitiva no Recurso Especial (REsp) nº 1.127.877/SP, recurso que foi recebido na origem segundo a sistemática do artigo 543-C do CPC, conforme despacho proferido pelo Sr. relator, Min. Teori Zavascki, em 03/11/2009, (transitada em julgado em 20/06/2012), por força da ADC nº 18, a época com provimento cautelar no sentido de suspender-se todos esses julgamentos. Derrogada a cautelar, retornou a lide a julgamento, o que ocorreu, no entanto, inobservando o regime do 543-C no caso concreto, até mesmo pela existência de duas Súmulas anteriores.

Assim, em face da decisão proferida pelo E. STJ no REsp nº 1.127.877/SP, não há como reconhecer direito creditório favoravelmente à recorrente, visto que o E. STJ manteve seu entendimento no sentido de que o ICMS integra sim a base de cálculo da COFINS, conforme ementa do voto acima referenciado:

*“1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em mandado de segurança objetivando afastar a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores recolhidos, negou provimento à apelação, sob o fundamento de que o faturamento representa a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Os embargos de declaração foram rejeitados. No recurso especial (fls. 719/726), a recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art.535, II, do CPC, pois, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; e (b) arts. 2º e 3º, da Lei 9.718/98, alegando, em síntese, que, uma vez que o ICMS não é componente do faturamento previsto no art. 195 da CF, é indevida a sua inclusão na base de cálculo da COFINS. Contrarrazões às fls. 750/752.*

*2. Não há nulidade por omissão no acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. No caso dos autos, o Tribunal de origem julgou, com fundamentação suficiente, a matéria devolvida à sua apreciação.*

*3. 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, Djede 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.*

*4. Pelo exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial. Intime-se.”*

Perfilou-me aos julgados anteriores, que ao longo do tempo têm se mantido na jurisprudência de todos os Tribunais, até que porventura o STF, ainda a julgar Recurso Especial específico além da própria ADC nº 18 decida ao contrário.

**Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.**

Processo nº 11610.011125/2006-05  
Acórdão n.º **3302-002.701**

**S3-C3T2**  
Fl. 8

---

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de agosto de 2014.

GILENO GURJÃO BARRETO - Relator.

CÓPIA