



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13804.725518/2017-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-012.051 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de novembro de 2022
Recorrente APPLE COMPUTER BRASIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2012 a 31/07/2012

COFINS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. RESTITUIÇÃO. AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. CONHECIMENTO. VEDAÇÃO.

Súmula CARF nº 1:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário do contribuinte, quanto ao seu direito de repetir o indébito tributário reclamado, e, na parte conhecida, negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Marco Antônio Marinho Nunes – Presidente substituto

(documento assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes – Relator

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Ari Vendramini, Laércio Cruz Uliana Júnior, José Adão Vitorino de Moraes, Juciléia de Souza Lima, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe, Sabrina Coutinho Barbosa, Semíramis de Oliveira Duro e Marco Antônio Marinho Nunes (Presidente substituto).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ em São Paulo/SP, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta contra despacho decisório que indeferiu o pedido de restituição de indébito tributário da Cofins decorrente da inclusão do ICMS faturado na sua base de cálculo.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (Derat) em São Paulo indeferiu o pedido sob os fundamentos de que: 1) não há previsão legal para restituição de crédito oriundo de decisão judicial, mas sim, apenas para sua utilização na forma de compensação; e, 2) nos termos da IN RFB 1.717/2017, para a utilização do crédito na forma de compensação, é necessário que se proceda à devida habilitação, o que só é possível, após o trânsito em julgado da ação judicial, conforme despacho decisório às fls. 257/258.

Inconformada com o indeferimento do pedido, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade, requerendo seu deferimento, alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

1 – o CTN, em seu art. 165, não estabelece restrição ao direito de restituição do crédito oriundo de pagamento indevido a maior, bem como, não prevê a modalidade ou forma que deve ser feita a restituição, diferentemente do que ocorre com a compensação;

2 – o art. 170-A do CTN veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do término do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, mas não, a restituição do indébito tributário por meio do instituto da restituição;

3 – a contribuinte não realizou a compensação do tributo recolhido indevidamente, mas requereu a sua restituição, nos termos do art. 7º, I, c/c §1º da IN RFB 1.717/2017;

4 – nessa hipótese, nem o CTN e nem a IN RFB 1.717/2017 exigem comprovação de trânsito em julgado de decisão judicial relativa ao tema, o que é coerente, no caso concreto, com o poder vinculante das decisões do STF em recursos extraordinários em repercussão geral, dados os comandos do art. 19, IV, §§1º, 4º, 5º e 7º da Lei 10.522/2002;

5 – se tivesse analisado o mérito do pleito da manifestante a autoridade fiscal deveria, obrigatoriamente, tê-lo deferido em observância ao tema nº 69 analisado pelo STF, conforme determina a Lei 10.522/2002;

6 – o RE nº 574.706/PR, não obstante pendente de embargos de declaração opostos pela PGFN, traz no Voto do Ministro Luís Roberto Barroso a declaração de que “a partir de hoje, com a decisão em repercussão geral, haverá, sim, um precedente que, a meu ver, será vinculante e que deverá ser seguido por todos”;

7 – no mesmo sentido, na ação declaratória de constitucionalidade nº 18, o Ministro Celso de Mello destacou a obrigação de aplicação imediata da decisão, não obstante a pendência de embargos de declaração;

8 – a pendência do mandado de segurança nº 500210-47.2017.4.03.6100, impetrado pela manifestante para, preventivamente, afastar a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, não impede o deferimento do seu pedido de restituição. Pelo contrário, além de ser desnecessário o trânsito em julgado para a restituição administrativa do tributo recolhido indevidamente, a decisão judicial naquele processo pode ser executada provisoriamente, conforme art. 14, §3º, da Lei 12.016/2009.

Analisada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a improcedente, conforme Acórdão nº 16-94.139, às fls. 318/329, sob a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/07/2012 a 31/07/2012

RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

A possibilidade de restituição, ressarcimento ou reembolso de crédito decorrente de ação judicial não encontra previsão na legislação de regência em razão de confrontar diretamente com o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

TEMA DECIDIDO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL OU RECURSO REPETITIVO.

Nos termos do art. 19-A da Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 13.874/2019, os Auditores-Fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil deverão observar manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda nacional sobre as matérias abrangidas em temas decididos em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral.

Intimada dessa decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário, requerendo, literalmente:

Diante de todo o exposto, requer a Recorrente que o presente recurso seja conhecido e provido, para que, reconhecida a possibilidade de processamento formal do pedido de restituição, retorne o feito à autoridade competente para a análise do valor do direito creditório pleiteado.

Alternativamente, que seja o recurso provido para o fim de suspender este processo administrativo, até que haja o desfecho final do Recurso Extraordinário nº 574.506-PR, para que então se proceda ao referido exame do valor do direito creditório.

Ou, finalmente, em homenagem ao princípio da eventualidade, se vier a ser mantida a decisão ora recorrida, que seja retificado o seu erro em mencionar que não teria havido o reconhecimento do direito creditório objeto do pedido de restituição, inclusive para que se preserve a possibilidade de futura recuperação do indébito mediante habilitação e compensação, após o trânsito em julgado do mandado de segurança nº 5002010-47.2017.4.03.6100, sem que se cogite do óbice do artigo 74, § 3º, inc. VI, da Lei nº 9.430/96.

Para fundamentar seu pedido, alegou em síntese que são descabidos e contraditórios os fundamentos utilizados pela autoridade *a quo*: no presente é cabível a aplicação do Tema 69, não havendo motivos para rejeição do seu pedido, tendo em vista que os embargos de declaração opostos pela PGFN contra a decisão no RE nº 574,506/PR não possuem nem receberam efeitos no STF; quanto à existência prévia de parecer da PGFN sobre a matéria, a decisão recorrida se equivocou na aplicação das normas do art. 19-A da Lei nº 10.522/2002; quanto à restituição, no caso de mandado de segurança, a Nota Técnica Cosit nº 18/2010, o Parecer PGFN/CAT nº 1.093/2011 e o Parecer PGFN/CRJ nº 19/2011, ao contrário do entendimento da autoridade *a quo*, reforçam a viabilidade de a recorrente pedir a restituição em discussão; e, por fim, a decisão recorrida errou e deve ser retificada, em qualquer cenário, ao afirmar que o direito creditório não teria sido reconhecido no despacho decisório de origem, a negativa foi formal, inclusive não houve manifestação sobre o mérito do indébito nem sobre seu valor.

Em síntese, é o relatório.

Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes, Relator.

O recurso voluntário interposto pela recorrente atende aos requisitos do artigo 67 do Anexo II do RICARF; assim dele conheço.

Conforme demonstrado nos autos e reconhecido pela própria recorrente, o pedido de restituição, objeto deste processo administrativo, é também objeto de discussão na esfera judícia por meio do mandando de segurança nº 500210-47.2017.4.03.6100.

Ora, a opção do contribuinte pela via judiciária para a discussão do seu direito à restituição do indébito tributário decorrente do recolhimento da Cofins, calculada sem a exclusão do valor do ICMS faturado na sua base de cálculo, objeto do pedido em discussão neste processo administrativo, implicou renúncia ao poder de recorrer administrativamente, nos termos da Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, e do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Trata-se de matéria sumulada pelo CARF nos termos da Súmula Vinculante nº 01, literalmente:

Súmula CARF nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Assim, por força no disposto no art. 72, do RICARF, obrigatoriamente, aplica-se esta súmula ao presente caso, para não conhecer do recurso voluntário, quanto ao direito de a recorrente repetir/compensar o indébito tributário reclamado, cabendo à autoridade administrativa cumprir a decisão judicial transitada em julgado.

Remanesce, todavia, a manifestação sobre os pedidos: 1) retorno dos autos à autoridade administrativa para a análise do valor do direito creditório pleiteado; 2) a suspensão do julgamento até o desfecho final do RE nº 574.506-PR; e, 3) a retificação do erro cometido na decisão recorrida.

Com relação ao item 1, a autoridade administrativa competente irá cumprir, na íntegra, a decisão judicial transitada em julgado, inclusive, quanto ao montante do valor a ser restituído/compensado.

Já em relação ao item 2, o pedido ficou prejudicado, tendo em vista que a decisão do STJ sobre o RE 574.506 já transitou em julgado, reconhecendo a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS faturado na base de cálculo da contribuição.

E, por fim, quanto ao item 3, ao contrário do entendimento da recorrente, a autoridade julgadora de primeira instância apenas alegou que a autoridade fiscal indeferiu o pedido de restituição da contribuinte sob o fundamento de não haver previsão legal para restituição de crédito oriundo de decisão judicial, mas sim para sua utilização na forma de compensação.

Ressaltamos que, o fato de aquela autoridade administrativa não ter reconhecido o direito de a recorrente repetir o indébito pleiteado, não a impede de transmitir PER/Dcomp, visando à compensação do crédito financeiro (indébito tributário da Cofins) com débitos

tributários vencidos de sua responsabilidade, depois do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial que reconheceu seu direito, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 e da IN RFB nº 2.055, de 06/12/2021.

Em face do exposto, não conheço do recurso voluntário do contribuinte, quanto ao seu direito de repetir o indébito tributário reclamado, e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes