ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.912250/2012-01

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

Processo nº	10980.912250/2012-01
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**3201-003.778 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	20 de junho de 2018
Matéria	COFINS. RESTITUIÇÃO.
Recorrente	METROBENS AUTOMOVEIS LTDA
Recorrida	FAZENDA PÚBLICA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2006

RESTITUIÇÃO. REQUISITO.

O direito à restituição pressupõe a existência de créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170 do CTN).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso. Acompanharam o relator pelas conclusões os conselheiros Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laércio Cruz Uliana Junior.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Relatório

A interessada apresentou pedido eletrônico de restituição de crédito da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, apurado em novembro de 2006. A unidade de origem indeferiu o pleito.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, passamos a transcrever o Relatório da decisão de primeira instância administrativa:

> *O presente processo trata de Manifestação de Inconformidade contra Despacho Decisório nº rastreamento 31032670 emitido eletronicamente em 04/09/12, referente ao PerDcomp nº 18904.40024.171108.1.2.04-5177.*
>
> *O PerDcomp foi transmitido com o objetivo de pedir a restituição de crédito de COFINS, Código de Receita 5856, no valor original de R$9.008,47, decorrente de recolhimento com Darf efetuado em 15/12/06, no valor de R$ 37.808,65.*
>
> *De acordo com o Despacho Decisório, a partir das características do DARF descrito no PerDcomp acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para restituição. Assim, diante da inexistência de crédito, a restituição foi INDEFERIDA.*
>
> *Como enquadramento legal citou-se: arts. 165 da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN).*
>
> *DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE*
>
> *Cientificado do Despacho Decisório, o interessado apresenta manifestação de inconformidade alegando, em síntese, o que se segue:*
>
> *- que o PerDcomp refere-se a crédito decorrente de pagamento a maior de PIS/Cofins, em razão da inclusão do ICMS nas bases de cálculos dessas contribuições;*
>
> *- que em relação à base de cálculo da Cofins, a Lei Complementar 70/91, que instituiu a cobrança da contribuição, dispõe em seu art. 2º "*que a contribuição incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza*";*
>
> *- que em relação à base de cálculo do PIS, a Lei Complementar 07/70, que instituiu a cobrança da contribuição, dispõe em seu art. 3º que o Fundo de Participação será constituído por duas parcelas, sendo a segunda com recursos calculados com base no faturamento da empresa; que posteriormente as contribuições ao PIS e a Cofins passaram a ser disciplinadas pela Lei 9718/98, que dispõe em seu art. 2º, parágrafo 1º que "*entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*"; que a*

> *Constituição Federal, em seu art. 195, I, b, dispõe que "*A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, DF e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre: (...) b) a receita ou o faturamento*";*
>
> *- que, segundo o dispositivo constitucional citado, apenas poder-se-ia reconhecer, como base de cálculo para o PIS e a Cofins, a receita ou o faturamento, não havendo autorização para incluir em sua base o valor pago a título de ICMS, visto que tal valor constitui ônus fiscal e não faturamento.*
>
> *Requer a reavaliação do Despacho Decisório.*

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte julgou improcedente a manifestação de inconformidade, proferindo o Acórdão DRJ/BHE n.º 02-65.623, de 29/04/2015 (fls. 24 e ss.), assim ementado:

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*
>
> *Ano-calendário: 2006*
>
> *PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. CRÉDITO NÃO COMPROVADO.*
>
> *Não se admite a restituição de crédito que não se comprova existente.*
>
> *Manifestação de Inconformidade Improcedente*
>
> *Direito Creditório Não Reconhecido*

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 626 e ss., por meio do qual, depois de relatar os fatos, alega que o ICMS não integra o faturamento (receita bruta) da empresa, pois se trata de receita do Erário Estadual (artigo 155, inciso II, da Constituição Federal), sendo, portanto, inconstitucional a inclusão do referido imposto na base de cálculo da Cofins, conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de outubro de 2014, nos autos do Recurso Extraordinário - RE nº 240.785-2/MG. O Tribunal também reconheceu a repercussão geral da matéria no julgamento do RE nº 574.706, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

O processo foi distribuído a este Conselheiro Relator, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

O recurso atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

A Recorrente apresentou PER/DCOMP por meio do qual requereu a restituição da Cofins apurada em novembro de 2006.

Indeferido o pleito ao argumento de que o crédito vindicado estava integralmente utilizado para quitação de débitos do próprio contribuinte, a Recorrente apresentou manifestação de inconformidade, por meio da qual alegou, com fundamento em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que o direito à restituição decorre do fato do pagamento a maior do PIS/Cofins, em face da inclusão, nas suas respectivas bases de cálculos, do ICMS estadual, argumento repetido no recurso voluntário, ora apreciado.

A Recorrente, contudo, não se atentou para o fato – devidamente explicitado no acórdão recorrido – de que a razão para o indeferimento do pedido repousou na utilização integral do crédito para pagamento de débito da mesma contribuição. Noutras palavras, a Recorrente sequer apresentou, antes ou após a ciência do Despacho Decisório (na verdade, nada falou a respeito em suas defesas), DCTF retificadora para permitir a liberação do valor requerido, se fosse o caso, e a sua restituição em pecúnia ou a sua compensação com outros tributos.

Ainda que eventualmente seja procedente o argumento que embasa o pedido (isso não significa que concordemos com a tese), a Administração Tributária não podia e não pode restituir valor já alocado para quitação de um tributo. Quem deve fazê-lo é o próprio contribuinte, de ordinário antes de apresentar o pedido eletrônico de restituição.

É como, aliás, entende a própria RFB, como indica o Parecer Normativo Cosit nº 2, de 28 de agosto de 2015:

> *NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. RETIFICAÇÃO DA DCTF DEPOIS DA TRANSMISSÃO DO PER/DCOMP E CIÊNCIA DO DESPACHO DECISÓRIO. POSSIBILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA RETIFICAÇÃO DA DCTF PARA COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.*
> *As informações declaradas em DCTF – original ou retificadora – que confirmam disponibilidade de direito creditório utilizado em PER/DCOMP, podem tornar o crédito apto a ser objeto de PER/DCOMP desde que não sejam diferentes das informações prestadas à RFB em outras declarações, tais como DIPJ e Dacon, por força do disposto no§ 6º do art. 9º da IN RFB nº 1.110, de 2010, sem prejuízo, no caso concreto, da competência da autoridade fiscal para analisar outras questões ou documentos com o fim de decidir sobre o indébito tributário.*
> ***Não há impedimento para que a DCTF seja retificada depois de apresentado o PER/DCOMP que utiliza como crédito pagamento inteiramente alocado na DCTF original, ainda que a retificação se dê depois do indeferimento do pedido ou da não homologação da compensação, respeitadas as restrições impostas pela IN RFB nº 1.110, de 2010.***
>
> *Retificada a DCTF depois do despacho decisório, e apresentada manifestação de inconformidade tempestiva contra o*

indeferimento do PER ou contra a não homologação da DCOMP, a DRJ poderá baixar em diligência à DRF. Caso se refira apenas a erro de fato, e a revisão do despacho decisório implique o deferimento integral daquele crédito (ou homologação integral da DCOMP), cabe à DRF assim proceder. Caso haja questão de direito a ser decidida ou a revisão seja parcial, compete ao órgão julgador administrativo decidir a lide, sem prejuízo de renúncia à instância administrativa por parte do sujeito passivo.

O procedimento de retificação de DCTF suspenso para análise por parte da RFB, conforme art. 9º-A da IN RFB nº 1.110, de 2010, e que tenha sido objeto de PER/DCOMP, deve ser considerado no julgamento referente ao indeferimento/não homologação do PER/DCOMP. Caso o procedimento de retificação de DCTF se encerre com a sua homologação, o julgamento referente ao direito creditório cuja lide tenha o mesmo objeto fica prejudicado, devendo o processo ser baixado para a revisão do despacho decisório. Caso o procedimento de retificação de DCTF se encerre com a não homologação de sua retificação, o processo do recurso contra tal ato administrativo deve, por continência, ser apensado ao processo administrativo fiscal referente ao direito creditório, cabendo à DRJ analisar toda a lide. Não ocorrendo recurso contra a não homologação da retificação da DCTF, a autoridade administrativa deve comunicar o resultado de sua análise à DRJ para que essa informação seja considerada na análise da manifestação de inconformidade contra o indeferimento/não-homologação do PER/DCOMP.
A não retificação da DCTF pelo sujeito passivo impedido de fazê-la em decorrência de alguma restrição contida na IN RFB nº 1.110, de 2010, não impede que o crédito informado em PER/DCOMP, e ainda não decaído, seja comprovado por outros meios.

O valor objeto de PER/DCOMP indeferido/não homologado, que venha a se tornar disponível depois de retificada a DCTF, não poderá ser objeto de nova compensação*, por força da vedação contida no inciso VI do § 3º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.*

Retificada a DCTF e sendo intempestiva a manifestação de inconformidade, a análise do pedido de revisão de ofício do PER/DCOMP compete à autoridade administrativa de jurisdição do sujeito passivo, observadas as restrições do Parecer Normativo nº 8, de 3 de setembro de 2014, itens 46 a 53. Dispositivos Legais. arts. 147, 150, 165 170 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN); arts. 348 e 353 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil (CPC); art. 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984; art. 18 da MP nº 2.189-49, de 23 de agosto de 2001; arts. 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; Instrução Normativa RFB nº 1.110, de 24 de dezembro de 2010; Instrução Normativa RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012; Parecer Normativo RFB nº

8, de 3 de setembro de 2014.
e-processo 11170.720001/2014-42

Portanto, para que haja a possibilidade de restituição, o crédito respectivo deve estar liberado, mediante a entrega de DCTF retificadora, exceto quanto às hipóteses de impedimento à sua apresentação, não verificadas, aliás, no caso ora em exame, como, por exemplo, quando o saldo a pagar já tenha sido enviado à Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN para inscrição em Dívida Ativa. Não cabe, ademais, à RFB fazer a retificação de ofício.

Como consignado nos fundamentos do referido PN, "**enquanto não retificada a DCTF, o débito ali espontaneamente confessado é devido, logo, valor utilizado para quitá-lo não se constitui formalmente em indébito, sem que a recorrente promova a prévia retificação** da declaração. (Acórdão nº 1302-001.571, Rel. Cons. Alberto Pinto Souza Júnior, 25 de novembro de 2014)".

A situação aqui enfrentada é, como se percebe, diferente da que comumente se vê no Contencioso Administrativo, em que o interessado costuma apresentar DCTF retificadora, mas não apresenta, na manifestação de inconformidade, documentos contábeis/fiscais comprovando o erro cometido na original, ou os apresenta neste recurso, mas o só fato de a DCTF retificadora ter sido apresentada após a ciência do Despacho Decisório leva a DRJ a manter, por esse só motivo, o indeferimento do pedido de restituição.

Não tendo sido apresentada DCTF retificadora, o crédito reclamado continua vinculado ao pagamento confessado na DCTF enviada à RFB, de modo que, nesse contexto, não há como restituí-lo.

Contudo, não foi este o entendimento dos demais integrantes da Turma, que, muito embora também negando provimento ao recurso, fizeram-no ao argumento de que não haveria provas do direito reclamado pela Recorrente (apenas apresentou planilha discriminando os valores pleiteados, mas nenhum documento fiscal ou contábil).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza