



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

Processo nº 13855.724091/2012-13
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3403-000.555 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 28 de maio de 2013
Assunto Solicitação de diligência
Recorrente DEMOCRATA CALÇADOS E ARTEFATOS DE COURO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência para que se aguarde o desfecho dos processos 13855.724031/2012-92 e 13855.724030/2012-48. Vencidos os Conselheiros Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti, que votaram no sentido de julgar o mérito do recurso. Sustentou pela recorrente o Dr. João Henrique Domingos, OAB/SP nº 189.262.

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de autos de infração do PIS e da COFINS com ciência pessoal do contribuinte em **17/12/2012**, lavrados para exigir diferenças das contribuições em relação aos períodos de apuração de **janeiro a abril de 2009 (COFINS) e março e abril de 2009 (PIS)**.

Segundo o relatório fiscal de fls. 3277 a 3286, a fiscalização constatou que no período de agosto de 2007 a outubro de 2008 existem divergências entre os valores das bases de cálculo das duas contribuições informadas nos DACON e aqueles informados à fiscalização

no curso da auditoria. O contribuinte foi intimado a esclarecer a natureza dessas diferenças, mas se limitou a dizer que se tratavam de diferenças que não constituíam receita tributável pelas contribuições. Foram glosados créditos tomados com base em notas fiscais de prestação de serviços adquiridos da empresa MN Mendes ME, pois essa empresa teria sido criada somente para reduzir fraudulentamente o recolhimento de tributos. Segundo apurou a fiscalização no relatório fiscal que integrou os processos 13855.724030/2012-48 e 13855.724031/2012-92, cuja cópia foi anexada às fls. 3187 a 3210 deste processo, a M N MENDES ME constitui interposta pessoa da contribuinte e foi criada com o objetivo e reduzir a carga tributária da Democrata, notadamente as contribuições previdenciárias, sendo seus empregados, na verdade, empregados da ora recorrente. A fiscalização constatou que se trata de apenas uma empresa. Assim, os créditos oriundos da prestação de serviço foram glosados, pois não há previsão legal para a tomada de créditos decorrente da mão-de-obra dos próprios empregados. Levando-se em conta as receitas não oferecidas à tributação e as glosas dos créditos sobre as notas fiscais da MN MENDES, a fiscalização recalculou as contribuições no período de 2007 a 2010, apurando diferenças a recolher nos períodos e valores objeto dos autos de infração albergados neste processo. Foi feita a representação fiscal para fins penais e lançada a multa de ofício qualificada.

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou, em síntese, o seguinte:

a) nulidade do lançamento porque a fiscalização não trouxe aos autos quaisquer provas que pudessem caracterizar a existência de uma única empresa de fato. Contrapõe argumentos no sentido de que se tratam de duas empresas distintas e apresenta fotos do local para corroborar suas alegações;

b) disse que o ordenamento jurídico não veda a terceirização, que a M N MENDES não foi criada com o fim de fraudar o fisco, mas sim de desenvolver uma atividade especializada, o corte e o pesponto, para liberar a recorrente para se dedicar às demais fases do processo produtivo;

c) o fisco não tem competência legal para desconsiderar a personalidade jurídica, a teor do que dispõe o art. 50 do Código Civil. Somente o Poder Judiciário teria competência para tanto e mesmo assim apenas em casos muito específicos.

d) relativamente às receitas incluídas pela fiscalização, alegou que se trata do valor do ICMS. Entende que o ICMS não constitui receita da pessoa jurídica, pois se trata de um tributo que é repassado ao Estado. Invoca entendimentos do STF e do STJ quanto ao conceito de receita e informa que está pendente de decisão no STF a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS;

e) contestou a cobrança dos juros de mora com base na variação da taxa Selic;

f) contestou a multa de ofício no patamar de 150%, pois não houve descrição pormenorizada dos fatos que levaram a tal enquadramento e nem a fiscalização indicou em qual dispositivo da Lei nº 4.502/64 se enquadra a conduta da impugnante;

g) contestou a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício, sob o argumento de que não há previsão legal.

Por meio do Acórdão 42.114, de 23 de maio de 2013, a 4ª Turma da DRJ-Ribeirão Preto, julgou a impugnação improcedente. Foi rejeitada a preliminar de decadência

porque não foram objeto de lançamento os fatos geradores ocorridos em 2007. Foi rejeitada a preliminar de nulidade, pois o autuante trouxe aos autos as peças dos processos 13855.724030/2012-48 e 13855.724031/2012-92, onde está devidamente fundamentada a consideração a M N MENDES como interposta pessoa. No que concerne às alegações referentes ao mérito da alegações relativas à M N MENDES a DRJ considerou que essas questões foram decididas nos dois processos que albergam os autos de infração de contribuições previdenciárias, nos quais a impugnante exerceu o direito de defesa. Considerando que a DRJ já havia considerado improcedentes as impugnações apresentadas naqueles processos, não há mais o que decidir sobre essa matéria na primeira instância de julgamento. Relativamente à inclusão do ICMS na base de cálculo, ficou decidido que não há amparo legal para sua exclusão. Ficou decidido também que essa questão envolve o cotejo da legislação ordinária com a constituição, juízo que é vedado ao julgador administrativo. Foram mantidos os juros de mora com base na taxa Selic. Foi mantida a multa de ofício qualificada, pois o contribuinte por mais de três anos tomou créditos das contribuições sobre o valor de serviços prestados por seus próprios empregados, o que se enquadra na conduta do art. 72 da Lei nº 4.502/64. Ficou decidido que a conduta pormenorizada exigida pelo contribuinte encontra-se descrita nos processos 13855.724030/2012-48 e 13855.724031/2012-92, cujas cópias das principais peças estão anexadas a estes autos. Ficou decidido que não procede a alegação de incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, pois de acordo com os demonstrativos de fls. 528 e 533, os juros somente incidiram sobre as contribuições lançadas.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância em 17/06/2013, o contribuinte postou seu recurso voluntário nos Correios em 15/07/2013, no qual, basicamente, reprisou as alegações de impugnação. Atacou especificamente a decisão de primeira instância, na parte em que rejeitou a alegação de decadência, pois no seu entender o fato extintivo do direito do fisco ocorreu porque a fiscalização recalculou as contribuições devidas durante o ano de 2007 e a partir daí apurou as diferenças de 2009, lançadas no auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

A teor do relatado, é inequívoco que a presente exigência de PIS e de COFINS depende de questão prejudicial a ser decidida no processos nº 13855.724030/2012-48 e 13855.724031/2012-92, nos quais a fiscalização acusou o contribuinte de simular a contratação de uma empresa prestadora de serviços para reduzir sua carga tributária, conforme se encontra pormenorizadamente descrito no relatório fiscal daqueles processos, cuja cópia se encontra nas fls. 3187 a 3210.

A parcela relativa ao PIS e COFINS, decorrente da glosa dos créditos tomados em relação aos serviços prestados pela MN MENDES-ME, foi exigida com base nos mesmos fatos que culminaram na exigência das contribuições previdenciárias tratadas naqueles dois processos.

Em consulta à página de jurisprudência do CARF verifica-se que o processo 13855.724031/2012-92 foi julgado pelo Acórdão 2302-002.792 e que o processo 13855.724030/2012-48 foi julgado pelo Acórdão 2302-002.800.

Os dois acórdãos acima citados foram desfavoráveis ao contribuinte. Contudo, aquelas decisões ainda não são definitivas, pois estão sujeitas ao recurso especial para a Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Tendo em vista a existência de decisão administrativa de segunda instância **quanto à mesma questão versada nestes autos** e considerando que o princípio da preclusão impede que a administração pública, em relação a um mesmo contribuinte, decida mais de uma de uma vez sobre a mesma questão, considero que não há como se prosseguir no julgamento deste processo enquanto não sobrevier o desfecho dos processos nº 13855.724031/2012-92 e 13855.724030/2012-48.

Aguardar o desfecho administrativo daqueles dois processos, além de prestigiar o princípio da preclusão, é medida de prudência a fim de evitar que o CARF venha a proferir decisões contraditórias.

Com esses fundamentos, voto no sentido de converter o julgamento em diligência à repartição de origem, a fim de que se aguarde o desfecho dos processos administrativos 13855.724031/2012-92 e 13855.724030/2012-48, devendo a autoridade administrativa, quando da devolução destes autos ao CARF, anexar a este processo as decisões definitivas que vierem a ser proferidas naqueles dois feitos.

Antonio Carlos Atulim