



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

Processo n° 16707.005687/2009-07
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3401-002.571 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de abril de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - COFINS/PIS
Recorrente TREVIZZANO LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/10/2004 a 31/12/2008

LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA DE CRÉDITO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa.

O art. 63 da Lei nº 9.430/96 autoriza a constituição do crédito para prevenir a decadência, proibindo somente a aplicação da multa de ofício para esse tipo de lançamento.

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 01 DO CARF.

A opção pelo ajuizamento de ação judicial de demanda com o mesmo objeto da via administrativa importa renúncia desta última pela Contribuinte, em atendimento à Súmula nº 01, *in verbis*:

“**SÚMULA Nº 01**

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 consoante do processo judicial”.

AUTO DE INFRAÇÃO. LANÇAMENTO DA COFINS. CRÉDITO EM FAVOR DO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE DE ABATIMENTO.

Os eventuais créditos em favor do contribuinte, oriundos de pagamentos indevidos ou maiores que o devido em períodos distintos dos constantes no auto de infração, devem ser compensados em processo administrativo próprio, não podendo ser utilizados como matéria de impugnação para abatimento do valor lançado de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 1ª turma ordinária** da terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

Presidente

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Júlio César Alves Ramos (Presidente), Robson José Bayerl, Jean Cleuter Simões Mendonça, Eloy Eros da Silva Nogueira, Fernando Marques Cleto Duarte e Angela Sartori.

Relatório

Trata o presente processo de dois autos de infração, o primeiro (fls.03/22) exigindo PIS não-cumulativo, com período de apuração entre 31/10/2004 a 31/12/2008. Pelo segundo auto de infração (fls. 27/46), é exigida a COFINS não-cumulativa referente ao mesmo período lançado no primeiro.

Conforme a descrição dos fatos, contida no auto de infração, o lançamento foi efetuado para prevenir a decadência, haja vista o Mandado de Segurança no qual a Contribuinte busca afastar da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores repassados a terceiros.

A Contribuinte apresentou Impugnação (fls.287/304), mas a DRJ em Recife/PE manteve o lançamento (fls. 324/330).

A Contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 13/01/2011 (fl. 344) e interpôs Recurso Voluntário em 11/02/2011 (fls. 346/366). No recurso voluntário, a Recorrente levantou uma preliminar de nulidade do acórdão da DRJ, em razão de a instância inferior não ter apreciado todas as matérias arguidas na impugnação, notadamente a questão da compensação realizada e a jurisprudência apresentada.

Na primeira análise (fls. 388/392), este colegiado acolheu a preliminar e declarou nulo o acórdão da DRJ, anulando o processo a partir da decisão recorrida.

Os autos voltaram à DRJ em Recife/PE para novo julgamento. No novo julgamento, a instância recorrida manteve lançamento integralmente, prolatando acórdão (fls.412/423) com a seguinte ementa:

“NULIDADE DO LANÇAMENTO. Quando presentes todos os requisitos previstos na legislação processual fiscal, não se cogita da nulidade do auto de infração.

AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. 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.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO. A compensação, nos termos em que definida pelo artigo 170 do CTN pressupõe o crédito do contribuinte em relação à Fazenda Pública revestido dos atributos de liquidez e certeza.

(...)

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”.

A Contribuinte foi intimada do novo acórdão da DRJ em 10/01/2013 (fl.438) e interpôs novo recurso voluntário em 05/02/2013 (fls.440/464), com as alegações resumidas abaixo:

- 1- O teor original do art. 62, do Decreto nº 70.235/72, foi tacitamente revigorado pela Medida Provisória nº 243, de 2005, que revogou o art. 10 da Medida Provisória nº 232, de 2004, a qual alterava o texto. Assim, em atendimento ao texto original, não poderá ser instaurado procedimento fiscal relativamente à matéria sobre a qual versar a ordem judicial de suspensão da cobrança do tributo;
- 2- O acórdão da DRJ é nulo, por não ter apreciado a matéria objeto de segurança, sob argumento de concomitância, todavia, o mandado de segurança é exceção à regra da concomitância, porque a eventual decisão denegatória da ordem leva à não apreciação do mérito;
- 3- A sua atividade é intermediar o trabalhador temporário e a empresa tomadora do serviço. Parte do valor pago pela tomadora trata apenas de reembolso dos vencimentos pagos aos trabalhadores temporários, fazendo parte de sua receita somente o valor relativo à taxa administrativa;

- 4- O reembolso do valor pago, a título de salário e demais verbas trabalhistas, aos trabalhadores temporários não compõem a base de cálculo de PIS e da COFINS;
- 5- Com a confirmação da decisão judicial, o PIS e a COFINS incidirão somente sobre a taxa administrativa, fazendo com que a base de cálculo do IRPJ incida sobre a taxa administrativa, além do acréscimo “*da quantia resultante do implemento da decisão judicial*”. Nessa linha, se a decisão liminar for alterada, o valor do auto de infração poderá ser cobrado, mas a Recorrente terá recolhido valor a maior a título de IRPJ, haja vista que está recolhendo com os acréscimos da decisão judicial. Dessa forma, no cálculo do auto de infração, o auditor-fiscal já deveria ter abatido esse valor do IRPJ recolhido a maior.

Ao fim, a Recorrente requereu, preliminarmente, a nulidade do auto de infração em razão da suposta impossibilidade de procedimento para exigir tributo, cuja cobrança está suspensa por decisão judicial; alternativamente, pediu a nulidade do acórdão da DRJ, por não ter se pronunciado acerca da matéria objeto do mandado de segurança. No mérito, pediu a declaração de improcedência da exigência fazendária; ou, caso o lançamento seja mantido, que seja declarada a compensação do valor lançado com o indébito do IRPJ e da CSLL.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A Recorrente combate o auto de infração lavrado para prevenir a decadência, devolvendo para julgamento as seguintes matérias: nulidade do auto de infração, em razão da suspensão da cobrança; nulidade do acórdão da DRJ por não apreciar matéria objeto de mandado de segurança; não incidência na base de cálculo do PIS e da COFINS de valores recebidos a título de reembolso; e possibilidade de compensação de suposto pagamento a maior.

Delimitas as matérias, podemos passar a apreciá-las.

1. Nulidade do auto de infração, em razão da suspensão da cobrança

A Recorrente sustenta a validade do texto original do art. 62, do Decreto nº 70.235/72, o que impediria a lavratura do auto de infração, vez que a cobrança do tributo estaria suspensa por decisão judicial. O aludido dispositivo diz o seguinte:

“Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança, do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão”.

Apesar disso, o art. 63, da Lei nº 9.430/96, autoriza o lançamento de ofício para prevenir a decadência, ressalvando apenas o lançamento de multa, a qual não é permitida em tal caso, senão, vejamos:

“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício”.

Portanto, não há nulidade a ser declarada em relação ao auto de infração.

2. Nulidade do acórdão da DRJ por não apreciar matéria objeto de mandado de segurança e da não inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS de valores recebidos a título de reembolso

A Recorrente alega nulidade do acórdão da DRJ, vez que a concomitância de objeto não é fato impeditivo de conhecimento da matéria acerca da não inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores recebidos a título de reembolso, pois, segundo a Recorrente, o mandado de segurança é exceção à regra da concomitância, pois a denegação da segurança levaria à não apreciação do mérito pelo Poder Judiciário.

A Recorrente não tem razão em tais afirmativas. A renúncia às esferas administrativas em relação às matérias levadas ao Judiciário já é sumulada pela Súmula nº 1, do CARF, que assim dispõe:

*“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”.* (grifo nosso)

Note-se que a súmula fala “qualquer modalidade processual”. Logo, o mandado de segurança não é exceção à regra.

Assim sendo, a falta de apreciação da DRJ de matéria já levada ao Poder Judiciário não é motivo de nulidade do acórdão recorrido.

Pela mesma razão da DRJ e com fundamento da Súmula nº 1 do CARF, também deixo conhecer a matéria relativa à inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores recebidos a título de reembolso.

3. Da possibilidade de compensação de suposto pagamento a maior

Alega a Recorrente que, caso a decisão judicial final seja pela incidência do PIS e da COFINS sobre os valores recebidos a título de reembolso, terá pago IRPJ e CSLL indevidamente.

Em síntese, a alegação da Recorrente é de que se for entendido que o valor em disputa é tributo (PIS e COFINS), sobre ele não deve incidir o IRPJ e a CSLL. Assim, o que ela vem recolhendo de IRPJ e CSLL, enquanto a exigibilidade do PIS e da COFINS está suspensa seria um pagamento indevido que deve ser compensado com o valor lançado.

Todavia, o pagamento a maior em um determinado mês não pode ser aproveitado para abatimento de débito do auto de infração, de modo que, se houve o recolhimento a maior alegado pela Recorrente, fica facultado a ela pedir a compensação pelo processo administrativo próprio e não como forma de impugnação do auto de infração.

Além disso, a compensação está sujeita à liquidez e certeza do crédito, conforme dispõe o art. 170, do CTN. No presente caso, o crédito alegado pela Recorrente não tem nem liquidez e nem certeza.

Portanto, deve ser mantido o lançamento em sua integralidade.

Ex positis, nego provimento ao recurso voluntário interposto, mantendo o acórdão da DRJ em sua integralidade.

É como voto.

Processo nº 16707.005687/2009-07
Acórdão n.º **3401-002.571**

S3-C4T1
Fl. 486

CÓPIA