



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

Processo n° 10665.721269/2011-24
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-01.716 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 12 de julho de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO.
Recorrente COLÉGIO LOSANGO DE PIUMHI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2006 a 30/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a). O Conselheiro Osmar Pereira Costa se julgou impedido.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Natanael Vieira dos Santos e Osmar Pereira Costa.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Ficou constatado que o Colégio Losango de Piumhi Ltda incorreu em descumprimento de obrigações principais, tendo sido lavrados os seguintes autos de infração, em 31/05/2011:

1 - Auto de Infração nº. 37.251.134-1 - contempla as contribuições dos segurados empregados nos meses de 11/2006 e 12/2006, incidentes sobre a remuneração paga, cujos valores foram obtidos através de recibos (extra folha de pagamento), agrupados no levantamento PE1 – Levantamento Pagamentos Extras;

2 - Auto de Infração nº. 37.251.135-0 - contempla as contribuições destinadas às entidades SESC, SEBRAE, FNDE e INCRA, apuradas no período de 04/2006 a 06/2007, cujas bases de cálculo foram obtidas através de valores discriminados em folha de pagamento, recibos de pagamento (extras-11/2006 e 12/2006), e Guias de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social-GFIP. Levantamentos: - EM1 – Levantamento Ensino Médio (04/2006 a 06/2007); - PE1 – Levantamento Pagamentos Extras (11/2006 e 12/2006); - SF1 – Levantamento Simples Federal (04/2006 a 06/2007).

Foram considerados como empregados os professores que lecionaram matérias de nível médio, embora constantes das folhas de pagamento do Colégio Cidade de Piumhi Ltda-CNPJ: 07.607.081/0001-17 (optante pelo SIMPLES). Observa a fiscalização que o Colégio Cidade de Piumhi não tem autorização para lecionar disciplinas do ensino médio, uma vez que, de acordo com o Contrato Social, fls. 63/64, o objetivo desta escola é a “exploração do ramo de educação infantil, pré-escolar de dois a seis anos e ensino fundamental”. O objeto social do Colégio Losango de Piumhi é a exploração do ramo de ensino, ensino infantil, pré-escolar, ensino fundamental, ensino médio, cursos livres, ensino preparatório para vestibulares outros exames de seleção, ensino regular de suplência, de 1º e 2º graus, supletivos e indústria gráfica (contrato social e alterações, fls. 65 a 71);

3 - Auto de Infração nº.: 37.251.136-8 - diz respeito a contribuições previdenciárias devidas, referentes à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho(GILRAT), no período de 04/2006 a 06/2007, incidentes sobre a remuneração paga aos empregados e contribuintes individuais (pró-labore e honorários contábeis).

As bases de cálculo foram obtidas através de valores discriminados em folha de pagamento, recibos de pagamento (extras-11/2006 e 12/2006), e Guias de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social-GFIP. Levantamentos: - EM1 – Levantamento Ensino Médio (04/2006 a 06/2007); - PE1 – Levantamento Pagamentos Extras (11/2006 e 12/2006); - PL1 – Levantamento Pró-Labore e Honorários Contábeis (04/2006 a 06/2007); - SF1 – Levantamento Simples Federal (04/2006 a 06/2007).

O Colégio Losango de Piumhi Ltda foi excluído do Simples Federal pelo Ato Declaratório Executivo DRF/DIV nº 15, de 27/05/2011 (fls. 62), a partir de 01/01/2006.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 08/06/2011, apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal manteve o crédito fiscal exigido para os autos de infração em epígrafe.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 09/09/2011, inconformado interpôs recurso voluntário em 11/10/2011, alegando em síntese:

- é nula a exação pela falta de justa causa e por está desamparado da garantia legal;

- a vedação do inciso XIII do art. 9º da Lei 9317/96 afronta o inciso II do art. 150 da CF/88 e é inconstitucional. O ensino é livre à iniciativa privada;

- é pífio o argumento de que o estabelecimento de ensino não pode optar pelo Simples por se revelar uma empresa que presta serviços profissionais de professor. Cita jurisprudência sobre o assunto;

- os processos são dependentes entre si, pois toda a tributação decorre da exclusão do Simples imposto à recorrente;

- AUTO DE INFRAÇÃO N. 37.251.134-1: contempla contribuições de segurados relativas aos meses de 11/2006 e 12/2006, de pagamentos "extra folha", contudo é ausente quanto à alíquota aplicada;

- AUTO DE INFRAÇÃO N. 37.251.135-0: é indevida a cobrança de contribuições a terceiros (várias entidades), apuradas no período compreendido entre 04/2006 a 06/2007, quando se sabe que tais contribuições são devidas pelas empresas excluídas da opção do SIMPLES FEDERAL, questionamento este amplamente discutido pela Recorrente, que dele não concorda;

- AUTO DE INFRAÇÃO N. 37.251.136-8: as contribuições previdenciárias referentes à parte da empresa e GILRAT, no período de 04/2006 a 06/2007, incidentes sobre a remuneração paga aos empregados e contribuintes individuais, obtidos em Folhas de pagamento, guias de FGTS e GFIP, não são devidas em razão de serem em função da exclusão do Simples da empresa. A cobrança é ilegal e desobedece à nossa Constituição Federal, infringindo seus artigos;

- por fim, requer o cancelamento do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo.

Os autos em epígrafe foram lavrados em 31/05/2011 e se referem ao período de 04/2006 a 06/2007. Observa-se assim que abrange período no qual a recorrente não se encontrava no referido regime diferenciado, em razão de sua exclusão do SIMPLES desde 01/01/2006 (fl. 62), conforme Ato Executivo DRF/DIV nº 15, de 27/05/2011, pelo exercício de atividade de ensino médio, enquadrando-se na vedação à opção constante no art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/1996 (prestação de serviços de professor ou assemelhados ao de professor).

Assim, existe razão para a lavratura dos autos de infração em epígrafe e estão legalmente fundamentados. O contribuinte deve demonstrar nos autos que a autuação é improcedente, o que não ocorreu.

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ e a 3ª Turma do Tribunal Federal – TRF2, dentre outros, vêm decidindo pela interpretação da lei do Simples no sentido de que o estabelecimento que contempla o ensino médio não pode ser optante pelo Simples. São os julgados:

Processo RESP 200400144281RESP - RECURSO ESPECIAL – 639223, Relator(a) ELIANA CALMON, Sigla do órgão STJ, Órgão julgador SEGUNDA TURMA, Fonte DJ DATA:30/05/2006 PG:00135

Decisão: por unanimidade.

Ementa: TRIBUTÁRIO – ESTABELECIMENTO DE ENSINO–OPÇÃO PELO SIMPLES– LEI 9.317/96 – CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF – LEI 10.684/2003 – APLICAÇÃO RETROATIVA – SÚMULA 456/STF E ART. 106, II, "b" DO CTN. 1. O STF, no julgamento da ADIn 1.643-1/DF, concluiu pela constitucionalidade do art. 9º, XIII da Lei 9.317/96, que excluiu da opção pelo sistema SIMPLES as pessoas jurídicas que menciona, dentre elas a que preste serviços de professor. 2. As instituições de ensino que não contam com professor no seu quadro societário também se enquadram na exceção, porque a atividade-fim desenvolvida está diretamente ligada à profissão de professor. 3. A Lei 10.684/2003 retirou da exclusão as creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, possibilitando sua adesão ao SIMPLES. 4. Norma superveniente que, embora não prequestionada, pode ser aplicada ao caso concreto em atenção à Súmula 456/STF (porque conhecido o especial por outro fundamento) e ao art. 106, II, "b" do CTN, que admite a aplicação retroativa da lei aos fatos pendentes quando ela deixa de tratar o ato ou o fato "como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento do tributo". Precedente

da Primeira Turma (EDREsp 603.451/PE). 5. Na hipótese dos autos, porém, a recorrente dedica-se às atividades de ensino fundamental e médio, esta última não contemplada na exceção prevista no art. 1º, I e II, da Lei 10.034/2000. 6. Recurso especial improvido. Data da Decisão 28/03/2006, Data da Publicação 30/05/2006

Processo AC 200202010222230AC - APELAÇÃO CIVEL – 288855, Relator(a) Desembargador Federal PAULO BARATA, Sigla do órgão TRF2, Órgão julgador TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Fonte DJU - Data::30/06/2008 - Página::388

Decisão: por unanimidade.

Ementa: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - OPÇÃO PELO SISTEMA TRIBUTÁRIO SIMPLES – ESTABELECIMENTO DE ENSINO– LEIS N°s 9.317/96, 10.034/00 E 10.684/03 – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. 1. O INSS, apesar de ser atingido de forma reflexa pela admissão da apelada no SIMPLES, não é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, eis que, nos termos do artigo 17 da Lei nº 9.317/96, “Competem à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES”. Matéria que pode ser conhecida – mesmo de ofício – a qualquer tempo e grau de jurisdição por este tribunal. 2. A Lei nº 9.317/96 em seu art. 9º, inciso XIII, veda a opção pelo SIMPLES às pessoas jurídicas prestadoras de serviços, cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida. 3. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do inciso XIII do artigo 9º da Lei 9.317/96, afastando as alegações de ofensa aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva (ADIN 1643, DJ 14.3.2003). 4. Os estabelecimentos de ensino não podem optar pelo SIMPLES porque prestam serviços educacionais, assemelhados aos serviços profissionais de professor, que dependem de habilitação profissional legalmente exigida. 5. Com o advento da Lei nº 10.034/2000, e, posteriormente, da Lei nº 10.684/2003, os estabelecimentos de ensino que se dediquem às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental foram excetuadas da restrição feita pelo inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96. 6. Mesmo com a edição das novas leis, o autor não pode optar pelo sistema SIMPLES de arrecadação de tributos, porque não se enquadra na exceção, já que também se dedica a atividades de ensino médio. 7. Extinção do processo em relação ao INSS, com base no artigo 267, VI, do CPC, e prejudicada sua apelação. Apelação do autor improvida. Recurso da UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL e remessa oficial providas. Data da Decisão 17/06/2008, Data da Publicação 30/06/2008.

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para

tanto. A discussão, em outro processo, acerca da exclusão do SIMPLES, não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos, senão vejamos jurisprudência deste Colegiado.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE — DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES — CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — DESNECESSIDADE — É desnecessário que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício. A tramitação conjunta dos processos de exclusão do SIMPLES e do auto de infração evita a ocorrência da decadência tributária. Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente a autuação lavrada. (...).Processo n.º : 10166.016255/2002-25. Acórdão n.º : 108-08.231 de 16.03.2005

Não cabe a esta Turma, neste processo, se manifestar acerca das razões da exclusão do SIMPLES – o que já esta sendo feito em processo próprio – cabendo-lhe somente decidir acerca da procedência ou não dos autos lavrados nesta ação fiscal.

Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente o lançamento fiscal.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Assim, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 26-A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria GMF n.º 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula n.º 2 do CARF:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O auto de infração 37.251.134-1 contempla contribuições de segurados cujos valores foram extraídos da folha de pagamentos "extra folha", relativas aos meses de 11/2006 e 12/2006, portanto não há necessidade de informar a alíquota, pois os valores foram declarados pelo contribuinte.

Quanto à cobrança de contribuições a terceiros (várias entidades) relativas ao auto de infração 37.251.135-0 são indevidas e legais, conforme Ato Executivo DRF/DIV n.º 15, de 27/05/2011, pelo exercício de atividade de ensino médio, enquadrando-se na vedação à opção constante no art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/1996. O ato não foi revogado, permanecendo seus efeitos.

Com relação às contribuições previdenciárias referentes à parte da empresa e GILRAT, período de 04/2006 a 06/2007, do auto de infração 37.251.136-8, incidentes sobre a

remuneração paga aos empregados e contribuintes individuais, obtidos em Folhas de pagamento, guias de FGTS e GFIP, são devidas em razão da vigência do Ato Executivo DRF/DIV nº 15, de 27/05/2011, pelo exercício de atividade de ensino médio do contribuinte, enquadrando-se na vedação à opção constante no art. 9º, inciso XIII, da Lei 9.317/1996. O ato não foi revogado, permanecendo seus efeitos.

Não há que se falar em ilegitimidade dos lançamentos em razão de violação ao princípio da isonomia e ao direito constitucional da educação. O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório Fiscal - REFISC; e, ainda, o Discriminativo do Débito - DD; as Instruções para o Contribuinte - IPC; os Fundamentos Legais do Débito - FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante; e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima