



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

Processo nº 11516.006427/2007-11
Recurso nº 500.938 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.929 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente MODELAR HOTELARIA E TURISMO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/10/2007

Consolidado em: 12 de dezembro de 2007

NFLD SOB Nº 37.001.347-6

VALOR TOTAL DE R\$ 962.588,73

EMENTA

DA RETENÇÃO

Empresa contratante, tomadora de serviços tem a obrigação legal de reter 11 % do valor bruto da nota fiscal ou fatura previstas no artigo 31 e parágrafos da Lei nº 8.212/91, bem como o RPS - Regime da Previdência Social, vi' parágrafos 1 e 2, item IX do artigo 219, também moldura com exatidão a caracterização da cessão de mão-de-obra e a obrigação de retenção de quem as usa.

DA INDEVIDA ALEGAÇÃO DE CONSIDERAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS FUNCIONÁRIOS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS E DA DESCONSIDERAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS APRESENTADOS.

Base da autuação fiscal que não considera o vínculo de empregado de uma empresa para outra, mas considera a cessão de mão-de-obra, de conformidade com os contratos e a realidade fática, encontra arrimo legal.

DO CNAE

A autuação fiscal empreendida em razão de diferenças de contribuições para o Sat/Rat (financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho) pelo fato de a Recorrente ter declarado em GFIP de forma equivocada o campo CNAE — Classificação Nacional de Atividades Econômicas encontra-se na legalidade.

DA COMPENSAÇÃO

Empresa que efetua compensação e diz ser indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre as rubricas da folha de pagamento, intituladas 1/3 de férias e gratificações, sob a alegação de que os valores incidiram sob parcelas indenizatória, não merece guarita, pois não as são.

DO GRUPO ECONÔMICO - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI 8.212-1991

Configura grupo econômico sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (CLT) e "as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da lei."

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

O Regimento Interno do CARF, artigo 62, veda expressamente aos membros das turmas de julgamento do afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

MATÉRIA NÃO OBJURGADA NO RECURSO.

Matéria não anatematizada e em não sendo matéria de ordem pública, como é o caso da multa, não há de ser apreciada, mantendo-se a decisão 'a quo'.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso, no mérito, nos termos do voto do (a) Relator (a); II) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao recurso, na questão da aplicação de multa mais benéfica. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em analisar a aplicação da nova legislação.

(Assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Oliveira, Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Mauro José Silva, Damião Cordeiro de Moraes e Leonardo Henrique Pires Lopes

Relatório

Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes a: contribuição dos segurados, parte da empresa, i) as destinadas ao financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho (até 06/1997), ii) ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (a partir de 07/97), iii) as destinadas a outras entidades (INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e iv) SALÁRIO EDUCAÇÃO), tendo como fato gerador valores pagos em Folhas de Pagamento.

O lançamento dos créditos previdenciários corresponde as competências de : 01/2001 à 10/2007.

A exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas de Pequeno Porte — SIMPLES por exceder o limite da receita bruta. Através do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n. 71 de 22 de setembro de 2003 e com efeitos a partir de 01/01/2001, a empresa sofreu alteração do Regime Tributário, face a exclusão referida.

Mesmo assim a Recorrente manteve-se no código 2, como optante pelo SIMPLES, das Guias do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social — GFIP e GPS

Notório, portanto, que a Recorrente recolheu erroneamente as contribuições previdenciárias na condição de SIMPLES. Neste caso, além das contribuições descontadas dos segurados são devidas às contribuições da parte da empresa a taxa de 20%, SAT-Seguro do Acidente do Trabalho a taxa de 2% e Outras Entidades (INCRA, SEBRAE, SESC, SENAC e SALARIO EDUCAÇÃO) a taxa de 5,8%, todas incidentes sobre o valor total da folha de pagamento dos segurados.

A Fiscalização examinou Folhas de Pagamento, Guias de recolhimento e GFIP.

Tomou ciência da NFLD em 17 de dezembro de 2007 e em 14 de janeiro de 2008 apresentou impugnação, com os argumentos de que: 1) prescrição / decadência - de janeiro de 2001 a dezembro de 2002; 2) ato declaratório 71 – efeitos retroativos – ilegalidade; 3) do regime tributário da empresa - enquadramento no simples - decisão judicial - lançamentos e recolhimentos efetuados em 2006 e 2007; 4) lançamentos efetuados nos anos de 2003, 2004 e 2005

A DRF ao receber a impugnação percebeu que a então impugnante argumentou que as contribuições sociais relativas às competências 01/2006 a 10/2007 não mereciam prosperar uma vez que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que não há motivos para que fosse obstada a adesão da empresa ao programa de tributação do SIMPLES, alegando que merece ser reformada a decisão administrativa que indeferiu o seu pedido de reinclusão.

Considerando que a decisão administrativa para reincluir no SIMPLES não constava dos autos, com base no que dispõe o art. 6, da Portaria nº 58, de 17 de março de 2006, determinou a realização de diligência para que a Unidade Preparadora informe a respeito da existência de processo administrativo de pedido de reinclusão no SIMPLES, anexando cópia a estes autos.

Não foi localizado o mencionado processo administrativo e, após a diligência a Recorrente manifestou-se dizendo que não havia o mencionado processo, mas informa que há Resp. sob nº 972.984 em tramite, cujo objeto é a manutenção da Recorrente no SIMPLES, referente aos anos de 2003 a 2005, inclusive.

A DRF-SC julgou procedente em parte a impugnação dizendo que o prazo decadencial quinquenal, se existir pagamento antecipado, nos termos do art. 150, § 4º, será contado a partir do fato gerador, ou, a teor do que dispõe o inciso I, art. 173, ambos do CTN, inexistindo a comprovação de que houve pagamento antecipado, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Em 15 de julho de 2009 tomou conhecimento a Recorrente e em 12 de agosto do mesmo ano interpôs o presente remédio processual, alegando 1) exclusão indevida do SIMPLES; 2) infração à segurança jurídica e ato jurídico perfeito – irretroatividade; e 3) regime tributário da empresa - 2006 e 2007 - enquadramento ao simples - decisão judicial;

Eis a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Wilson Antônio de Souza Correa, Relator

O recurso aviado é tempestivo e respeita a regra processual, razão pela qual merece ser recepcionado, passando a análise dos fatos e das razões jurídicas recursais.

DA EXCLUSÃO INDEVIDA DO SIMPLES - REGIME TRIBUTÁRIO DA EMPRESA - 2006 e 2007 - ENQUADRAMENTO AO SIMPLES - DECISÃO JUDICIAL - DITA INFRAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E ATO JURÍDICO PERFEITO – IRRETROATIVIDADE

A peça recursiva trás em seu bojo teses defensivas de assuntos que não competem ao CARF analisar e julgar, porque extrapola sua competência.

Se a exclusão do SIMPLES foi indevida, porque o regime tributário da empresa acudia as exigências legais, se houve abalo ao ato jurídico perfeito, se a irretroatividade não pode superar a segurança jurídica e outros quesitos, deve a Recorrente procurar o remédio apropriado e não o presente recurso que trata de autuação fiscal e lançamento de crédito tributário.

E, de mais a mais, observa-se que o o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, veda aos Conselheiros de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Assim, por não estar na competência deste Julgador, não posso apreciar a referida matéria, haja vista que a exclusão da Recorrente do SIMPLES foi realizada por força do ADE nº 71, e dele caberia recurso próprio.

A mesma sorte tem a dita infração à segurança jurídica e ato jurídico perfeito – irretroatividade, alegando que a ADE não pode retroagir par prejudicar o contribuinte.

Vê-se, mais uma vez que a Recorrente deseja discutir matéria cuja competência não é do CARF, como acima dito, pois quer discutir e ou afastar aplicação de lei ou qualquer outra norma, o que é vedado aos Conselheiros do CARF.

Deve-se ater o Recorrente ao entendimento anotado no Parecer CJ 771/97 que: **“O guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu**

destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito”.

De forma que, ainda que seja uma vírgula mal distribuída num parágrafo da lei anatematizada pelo Recorrente, o caminho a postular inconstitucionalidade e perquirir direitos é o Pretório Excelsior, e não esta via.

Mais ainda, há de destacar que a atividade administrativa encontra-se com vínculo ao que determina a lei, como dito por muitos, ‘as ações do gestor público é escravizada pela lei’.

Neste sentido, peço vênia para juntar escólio do perleúdo jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em sua defesa, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão extra petita, como são os casos da aplicação de multas não anatematizadas pelos recorrentes, e que antes tinham o meu pronunciamento, independente de se objurgada em peça recursiva ou não, mas que amadureço pela razão acima, haja vista não considerar a multa matéria de ordem pública.

Evoluo meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

A multa, antes pensava este singelo julgador, se tratar de matéria de ordem pública, e como tal não estavam sujeitas à preclusão, podendo ser alegadas e julgadas em qualquer momento do tramitar processual, influenciando decisiva e imperativamente na formação da coisa julgada.

Mas, restava-me, para um julgar percuciente, a definição do que seja matéria de ordem pública.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênia para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica dizer que:

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a

seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmansini Bechara, ela não 'representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano'

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto e de o Recurso aviado cumprir as exigências processuais administrativas, dele conheço, para julgar improcedente o recurso aviado, mantendo o crédito tributário apurado, inclusive quanto a multa, uma vez que esta não foi anatematizada no presente remédio recursal.

É como voto,

(Assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa – Relator