



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

Processo n° 11634.001059/2010-65
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-003.535 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente ROMERO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/11/2007

AI. NORMAS LEGAIS PARA SUA LAVRATURA. OBSERVÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não se caracteriza o cerceamento do direito de defesa quando o fiscal efetua o lançamento em observância ao art. 142 do CTN, demonstrando a contento todos os fundamentos de fato e de direito em que se sustenta o lançamento efetuado, garantindo ao contribuinte o seu pleno exercício ao direito de defesa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE. Não existe qualquer ilegalidade a ser reconhecida quando o lançamento das contribuições foi efetuado com a finalidade de prevenir a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, mesmo diante da existência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

SIMPLES. EXCLUSÃO. MOTIVOS DETERMINANTES. COMPETÊNCIA. Não é de competência desta Turma a análise da legalidade ou não dos motivos de fato e de direito que determinaram a exclusão da recorrente do regime simplificado do recolhimento de impostos e contribuições federais. (SIMPLES).

LEI TRIBUTÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. Não cabe ao CARF a análise de inconstitucionalidade da Legislação Tributária.

SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.941/09. RETROATIVIDADE. ART. 144 DO CTN Em razão da superveniência da Lei 11.941/09, deverá ser aplicada ao caso em concreto no caso de vir a ser mais benéfica. Em se tratando do lançamento de contribuições cujos fatos geradores ocorreram antes da vigência de referida Lei está correto o lançamento quando a multa aplicada é aquela vigente à época.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar provimento ao recurso voluntário.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente

Lourenço Ferreira do Prado - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por ROMERO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO, em face de acórdão que manteve o parcialmente o Auto de Infração n. 37.280.967-7, lavrado para a cobrança de contribuições sociais previdenciárias parte da empresa e as destinadas ao financiamento do GILRAT incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais

Consta do relatório fiscal que a recorrente exerceu atividades junto a contratante **TAM LINHAS AÉREAS**, dentre as quais destacam-se: atendimento de rampa, manuseio de solo, atendimento a passageiros, serviços de sala VIPs, atendimento aos vôos da rede nacional noturna, serviços de cargas (embarques e desembarques), tidas pela fiscalização como atividades sujeitas a cessão de mão-de-obra.

Por tais motivos, a Secretaria de Receita Federal, de ofício, determinou sua exclusão do SIMPLES mediante Ato Declaratório do Executivo n.º. 36 de - 09/09/2010, tendo em vista a ocorrência da hipótese de exclusão prevista no Art. 14, inciso I, da Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996.

O lançamento da multa compreende a competências de 01/2005 a 11/2007, tendo sido o contribuinte cientificado em 09/2010 (fls. 54).

O .v acórdão de primeira instância retificou o lançamento, reconhecendo a decadência pelo art. 150, §4º do CTN das competências lançadas até 09/2005, bem como consignou pelo aproveitamento dos recolhimentos efetuados pela recorrente na sistemática do SIMPLES, da seguinte forma (fls. 384):

Desse modo, serão deduzidas dos créditos apurados mensalmente as contribuições relacionadas na coluna “G” do quadro abaixo. Os valores recolhidos serão deduzidos em cada competência, primeiramente, das contribuições da empresa sobre a remuneração dos segurados empregados e depois, restando saldo favorável ao impugnante no mês, das contribuições ao SAT/RAT. Restando ainda valores recolhidos, serão eles deduzidos das contribuições calculadas sobre a remuneração de contribuintes individuais, conforme discriminado no DADR – Discriminativo Analítico do Débito Retificado anexado aos autos.

Na competência dezembro, após as operações acima, restando crédito favorável ao contribuinte, será ele deduzido da contribuição sobre o 13º salário.

O contribuinte interpôs o competente recurso voluntário através do qual sustenta:

1. a nulidade do julgamento de primeira instância em razão do indeferimento do pedido de diligência formulado para

- a verificação in loco da natureza dos serviços prestados pela recorrente;
2. que o lançamento não poderia ser efetuado, tendo em vista que o processo administrativo que discute a sua exclusão do SIMPLES ainda não transitou em julgado;
 3. a decadência do direito de o Fisco efetuar o lançamento;
 4. a nulidade dos Atos de Exclusão do SIMPLES, tendo em vista que os mesmos não foram devidamente fundamentados e que não exerce atividade mediante a cessão de mão-de-obra, mas apenas de serviços auxiliares de transporte aéreo;
 5. que o lançamento deve ser anulado pois a atividade de serviços de transporte aéreo não é vedada pelo SIMPLES;
 6. que seja o art. 31 da Lei 8.212/91 ou o próprio art. 219 do Decreto 3.048/99 não elencam como atividade sujeita a cessão de mão-de-obra a prestação de serviços auxiliares de transporte aéreo;
 7. que não havia qualquer relação de subordinação entre os empregados da recorrente e a sua contratante, no caso a TAM; sendo, pois, a única responsável pela contratação, administração e pagamento de seus funcionários;
 8. que é parte ilegítima no presente processo, tendo em vista que os empregados cujas remunerações foram objeto da autuação estão registrados em outra pessoa jurídica;
 9. que o auditor fiscal imputou equivocadamente à recorrente a obrigação pelo pagamento de valores a título de contribuição do empregado, como se contribuinte fosse, quando, em verdade apenas possuía a obrigação acessória de reter e repassar ao INSS;
 10. que a responsabilidade do recolhimento das contribuições lançadas é do empregado;
 11. a inconstitucionalidade do art. 30 da Lei 8.212/91;
 12. que em relação à multa deve ser aplicado o disposto na Lei 11.941/09;

Processado o recurso sem contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional, subiram os autos a este Eg. Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

CONHECIMENTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

PRELIMINARES

Inicialmente aponto que não há decadência a ser reconhecida no presente lançamento, em virtude da única competência lançadas ser a de 08/2006, ao passo em que a cientificação do lançamento se deu em 09/2010.

Ademais, em momento algum a recorrente impugnou o fato de ter deixado de efetuar o repasse de contribuições retidas e não recolhidas incidentes sobre a remuneração de seus empregados. Logo, a exigência fiscal é incontroversa.

Quanto a nulidade da decisão de primeira instância, em razão do indeferimento do pedido de realização de perícia para correta apuração da natureza do serviço prestado, melhor sorte não auferirá a recorrente.

No caso dos autos, como bem ponderou o v. acórdão de primeira instância, o pedido fora formulado após o prazo para defesa, em desacordo com as disposições do art. 16 do Decreto 70.235/72.

Não obstante, da leitura do relatório fiscal da infração, percebe-se que o fiscal apontou a contento todos os motivos de fato e razões de direito pelas quais concluiu que o serviço prestado pela recorrente, deveria encaixar-se na condição de serviço prestado mediante a cessão de mão-de-obra, garantindo-lhe o pleno exercício do direito de defesa e ao contraditório, exatamente como preconiza o art. 142 do CTN, a seguir:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Logo, de fato, não subsistia qualquer necessidade da realização de nova diligência, devendo a parte, no caso a recorrente, contrapor-se a tais argumentos e demonstrar que as conclusões da fiscalização não estariam corretas, o que não se caracteriza, a meu ver em prova negativa de difícil realização. Ao revés, a recorrente possui todos os elementos aptos a comprovar a forma como os seus serviços de fato eram exercidos, em contra-prova aos argumentos da fiscalização, todavia, deixou de trazer aos autos qualquer alegação neste

sentido, resumindo-se, apenas, a afirmar que o serviço auxiliar de transporte aéreo é diferente da cessão de mão-de-obra.

E no caso dos autos, tais alegações são até mesmo despiciendas, tendo em vista estarmos diante do lançamento das contribuições do empregado, e não da parte patronal.

Logo, rejeito as preliminares de nulidade argüidas.

MÉRITO

Em continuidade a recorrente alega serem nulos os Atos Declaratórios Executivos que ensejaram sua exclusão do SIMPLES, eis que não exercia qualquer atividade vedada pela legislação de regência do regime.

Tais alegações não serão objeto de análise, tendo em vista que fazem parte do processo administrativo relativo à sua exclusão, não podendo ser analisadas e conhecidas na presente oportunidade.

O fato de que o processo administrativo relativo à exclusão da recorrente do SIMPLES ainda não está devidamente finalizado de modo a impedir o lançamento, não merece prosperar, pois o lançamento, neste caso, quando já existente e lavrado o competente ADE – Ato Declaratório Executivo de exclusão, se dá apenas com a finalidade de prevenir a Fazenda Pública dos efeitos da decadência.

O efeito suspensivo do recurso administrativo impetrado nos autos do processo de exclusão, impede, entretanto, que sejam levados a efeito em face da recorrente procedimentos de cobrança, antes de seu trânsito em julgado. Assim, da mesma forma há de ser reconhecido no caso do presente processo. Ou seja, caso a recorrente obtenha êxito em sua empreitada de demonstrar que não deveria ser excluída do SIMPLES, certamente o valor lançado no presente Auto de Infração há de ser declarado extinto. Em caso contrário, restando demonstrado que a recorrente exerceu atividade vedada ao ingresso no SIMPLES, a cobrança do crédito tributário decorrente do presente lançamento somente poderá ser efetuada, também após o trânsito em julgado do processo de exclusão.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que no mesmo sentido já se posicionou:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE ÓBICE. DECADÊNCIA.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito. Precedente: EREsp 572.603/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ 05/09/2005.

2. O lançamento do ISS referente aos meses de Janeiro a Setembro de 1991 somente ocorreu em 27 de junho de 2001. A liminar conferida em Mandado de Segurança, anteriormente impetrado pelo contribuinte, com a finalidade de ver reconhecida isenção quanto ao tributo não impede a fluência do prazo decadencial, apenas obstando a realização

de atos de cobrança posteriores à constituição. Nesse sentido: REsp 1.140.956/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010, julgado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1129450/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 28/02/2011)

Além do mais, repita-se, em se tratando de lançamento de contribuições parte do empregado, qualquer questão que envolva a exclusão da recorrente ou não do SIMPLES, não afeta o presente julgamento, já que tais contribuições não são objeto de recolhimento na sistemática do regime simplificado.

Logo, não há qualquer prejudicialidade entre o julgamento do processo de exclusão e o presente lançamento.

No mais quanto a alegação de inconstitucionalidade do art. 30 da Lei 8.212/91, tenho que a irrisignação não pode ser analisada por este Conselho, em respeito a competência privativa do Poder Judiciário, já que, o afastamento da aplicação da Legislação referente as contribuições, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, o que é vedado a este Eg. Conselho.

Sobre o tema, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Por fim, no que se refere ao pedido de retroatividade da Lei 11.941/09, verifico do relatório fiscal que no presente caso foi aplicada a multa de mora de 24%, por ser a vigente a época dos fatos geradores das contribuições lançadas, de modo que, no entender desta Eg. Turma fora respeitado o art. 144 do CTN, devendo ser a mesma mantida.

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer em parte do recurso, e, na parte conhecida, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Lourenço Ferreira do Prado.