



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

Processo n° 13982.000761/2009-43
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-003.084 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2018
Matéria DECLINAR COMPETÊNCIA
Recorrente CLEMENTE GALON
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/10/2008

AUTO DE INFRAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DO SIMPLES. INCOMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do art. 3º, IV, do Anexo II do RICARF, os recursos interpostos em processos que versem sobre aplicação da legislação relativa a Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, são da competência da Segunda Seção e, não, desta Primeira.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em declinar da competência à Segunda Seção de Julgamento.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Amelia

Wakako Morishita Yamamoto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra o acórdão 01-28.104, proferido pela 5ª Turma da DRJ/BEL, na sessão de 19 de dezembro de 2013, que, ao apreciar a impugnação apresentada pelo contribuinte, por unanimidade de votos, julgou-a procedente em parte.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Das autuações.

Compõe o processo 13982.000761/2009-43, o auto de infração por descumprimento de obrigação principal, consolidado em 22/06/2009:

AI nº 37.180.0064 – (fls.03) no valor de R\$ 809.520,22 (oitocentos e nove mil, quinhentos e vinte reais, vinte e dois centavos) referente às contribuições sociais devidas ao INSS e destinadas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa (cota patronal) e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT), tendo como fatos geradores os pagamentos das remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, constantes das Folhas de Pagamento e registrada nos livros contábeis da empresa (Diário e Razão), compreendidas no período de 01/2004 a 10/2008.

O relatório Fiscal de fls. 124/137, noticia o seguinte:

- Inicialmente informa que este Relatório apresenta, além do detalhamento das Contribuições Sociais, lançadas pela Fiscalização neste AI, a descrição dos elementos e provas que exclui a empresa do tratamento beneficiado do sistema SIMPLES.

- Assim é que às fls. 124 a 130, são pertinentes aos motivos ensejadores da exclusão da empresa do SIMPLES.

- A partir das fls. 131, consta que:

. O presente Relatório Fiscal trata da contribuição social devida em favor da Seguridade Social relativamente as seguintes contribuições:

- Cota patronal de 20% (vinte por cento) sobre a remuneração dos segurados Processo Administrativo Fiscal nº 13982.000761/2009-43 empregados;

- Contribuição de 2% (dois por cento), incidente sobre a remuneração dos segurados empregados para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho RAT;

- Cota patronal de 20% (vinte por cento) incidente sobre os valores pagos aos sócios da empresa relativamente As retiradas de "pró-labores".

- Observamos que os valores pagos e/ou parcelados referentes ao repasse ao INSS da partilha correspondente As contribuições para manutenção da Seguridade Social, conforme prevê a Lei no 9.317/96 e Lei Complementar nº 123/2006 (planilha anexa As fls. 115), foram reconhecidos em lançamentos de créditos no presente Auto de Infração, conforme demonstrado no Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados — RADA (fls. 46 a 55) e no Relatório de Documentos Apresentados — RDA (fls. 43 a 45).

- Para melhor compreensão, os fatos geradores deste Auto de Infração foram discriminados nos levantamentos intitulados "ADM — REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR, que compreende valores da remuneração do segurado administrador e "FOL — REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS", (contribuição apurada sobre a folha de pagamento), que corresponde aos valores da remuneração dos segurados empregados, no período de 01/2004 a 10/2008. Com relação a competência 13/2004 foi criado o levantamento "ZI — Transferência do Lev FOL".

0 valor referente A contribuição social descontada da remuneração dos segurados empregados/contribuintes individuais foi integralmente recolhido com as devidas deduções de salário-família e salário-maternidade.

- Diante dos fatos expostos neste relatório, restou clara e intenção da empresa Clemente Galon de evadir-se de suas obrigações previdenciárias, configurando assim, evidente intuito de fraude. Não tendo sido declaradas as contribuições lançadas neste AI, em GFIP, ficou caracterizado, em tese, crime de "Sonegação de Contribuição Previdenciária". Assim sendo, formalizamos a REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS — RFFP, que será encaminhada ao Ministério Público Federal. Essa RFFP foi cadastrada com o nº 13982.000763/2009-32.

- Na ação fiscal foram emitidos os seguintes documentos: Autos de Infração DEBCAD nºs 37.222.2765 e 37.180.0064, formalizados através dos processos administrativos fiscais nºs 13982.000762/2009-98 e 13982.000761/2009-43 respectivamente.

- *Integram o Auto de Infração, além deste relatório e seus anexos, os seguintes relatórios:*

IPC-Instruções para o Contribuinte: Tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito junto A RFB, como apresentar defesa, como apresentar recurso, valores e percentuais da multa de mora, bem como prazos e outras informações de interesse da RFB e do contribuinte (fls. 02 a 03);

Importante destacar que os créditos previdenciários apurados contra o contribuinte decorrem, especialmente, e, conforme já se fez menção, da "exclusão" do mesmo, do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES FEDERAL (Lei nº 9.317/96), cujos efeitos se dão retroativamente a partir de 01/01/2004 até 30/06/2007. Essa exclusão é objeto do processo administrativo nº 13982.000193/2009-81 com o Parecer SAFIS nº 002/2009 (fls. 98 a 106 deste processo);

Da Impugnação

A Empresa tomou ciência dos Auto de Infração em 22/06/2009, conforme assinatura aposta às fls. 03, e apresentou impugnação protocolizada em 17/07/2009, (fls. 140/159) aduzindo, em síntese, o que se segue:

Faz um breve relatório acerca da autuação.

(...)

O contribuinte em tela, quando do seu registro como firma mercantil individual, na data de 25/02/1997 Registro junto a JUCESC sob nº 42102704478 de 17/03/1997 se encontrava em determinada situação e local.

O desenvolvimento da atividade iniciou-se no endereço situado na Rua João Pessoa, s/n, Edif. Rogério Rolim de Moura, Bairro Centro, na cidade de Pinhalzinho, Santa Catarina. No seu objeto social, quando do seu registro como Firma Mercantil Individual, já prestava serviço de facção e industria de confecção em geral, não alterando até a presente data. Ocorre que com o passar do tempo, começou prestar serviço de facção, ou seja, prestação de serviço de costura industrial por encomenda. Como o local onde desenvolvia a atividade era locado e já prestava serviço para a empresa Starkfest, surgiu a oportunidade de não pagar mais locação e ampliar a sua atividade econômica. Assim, foi feito um contrato de comodato com um barracão de 240 m2 da empresa Starkfest, que é separado do barracão da sede da empresa Starkfest, tem acesso pra rua, alvará de localização, tudo regularizado, veja que se fosse pagar o aluguel e as demais despesas, se deveria embutir no custo e transferi-lo no valor da prestação de serviço. Por um lado a empresa recebe o valor da locação e por outro, paga o aluguel e as despesas embutido na prestação do serviço.

No tocante ao imobilizado, a autoridade fiscal não empreendeu todas as diligências que lhe cabia. Bastava verificar in loco os equipamentos que existiam no barracão sede que existiam mais equipamentos do que os encontrados na contabilidade. Estes equipamentos, também foram cedidos na forma de comodato, conforme se extrai da cópia dos contratos em anexo.

O que ocorreu de fato, é que logo após a transferência da firma mercantil para o endereço atual, o titular e empresário Clemente Galon, começou a ter problemas de saúde e não pode continuar a frente do seu negócio, outorgando procuração. O titular começou a ter problemas relacionados como sistema cardíaco, efetuou tratamento por um longo período, culminando com intervenção cirúrgica na data de 22 de abril de 2009, conforme pode ser demonstrado com cópia do atestado em anexo.

Certo é, que em face desta ausência, os negócios não andaram como deveria, mas sempre honrou com os compromissos, basta se verificar que não há nenhum título protestado, débito tributário pendente ou ação de cobrança ou execução em andamento.

Desta forma, necessário se fazia a nomeação de um procurador para a administração do negócio, perfeitamente adequado ao ordenamento jurídico vigente.

Ocorre, que por uma interpretação pura e simples do ponto de vista formal da ordem tributária, destoadada em relação às demais circunstâncias, se interpreta se interpreta que o procurador é interposta pessoa, que não é verdade. Tudo tem uma justificativa lógica para isso.

O desenquadramento do Simples Federal e do Simples Nacional, está sendo questionado em nível administrativo, aplicando-se a regra do princípio do contraditório e da ampla defesa, bem com, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo (art. 15 do Decreto 70.235/72).

No item 4 ao 4.18, tudo é tratado como locação de mão-de-obra e no item 5, conclui sendo cessão de mão-de-obra, Em determinado momento no relatório, a autoridade trata como locação de mão-de-obra e em outro como cessão de mão-de-obra, basta se verificar a confusão na página 8 do relatório, fundamentando inclusive com base no parágrafo § 3º do art. 31 da Lei n. 8212/91.

Ocorre, que se considera locação de mão de obra, quando uma empresa locadora coloca seus empregados A disposição da locatária para executar trabalhos temporários, em local por esta determinado. No caso concreto, não ha por parte da empresa Starkfest uma determinação do local onde os funcionários devam prestar o serviço, assim não está caracterizado a locação de mão de obra.

O imóvel onde o contribuinte esta localizado é de propriedade da empresa Starkfest, que o cedeu ao Contribuinte sob o regime de

comodato, mas esta não possui nenhuma gerência no imóvel e sobre os seus funcionários. Não se caracterizando locação de mão-de-obra, não merecendo prosperar o Auto de infração.

Extrai-se do referido relatório, e que julgamos ser a parte essencial, que no item 5, a autoridade conclui que a empresa praticou mesmo foi cessão de mão-de-obra.

No tocante a cessão de mão-de-obra, as normas específicas a respeito dessa matéria foram disciplinadas pela Ordem de Serviço INSS/DAF N° 209, de 20/05/1999. O Regulamento da Previdência Social define cessão de mão-de-obra como sendo a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei n° 6.019/74.

Enquadram-se como serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

- limpeza, conservação e zeladoria; vigilância e segurança; construção civil; serviços rurais; digitação e preparação de dados para processamento; acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos; cobrança; coleta e reciclagem de lixo e resíduos; copa e hotelaria; corte e ligação de serviços públicos; distribuição; treinamento e ensino; entrega de contas e documentos; ligação e leitura de medidores; manutenção de instalações, de máquinas e equipamentos; montagem; operação de máquinas, equipamentos e veículos; operação de pedágios e terminais de transporte; operação de transporte de cargas e passageiros; portaria, recepção e ascensorista; recepção, triagem e movimentação de materiais; promoção de vendas e eventos; secretaria e expediente; saúde; e telefonia, inclusive telemarketing.

Em nenhum destes trabalhos, está incluído a costura industrial por encomenda, e também não ficou caracterizado, que a empresa Starkfest comandava os funcionários do contribuinte.

O STJ vem entendendo, que não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante, submetidos ao poder de comando deste (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91). Precedente: EDcl no AgRg no REsp 584.890, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, D.J. de 28". 02.2005.

O § 4º do art. 31 da Lei 8.212/91, dispõe que se enquadram na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria; II - vigilância e segurança; III - empreitada de mão-de-obra; IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei n° 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

No regulamento Decreto 3.048/99, através da redação do parágrafo 2º do art. 219, em nada inovou em termos de inclusão de outras atividades, senão vejamos:

"Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I limpeza, conservação e zeladoria; II vigilância e segurança; III construção civil; IV serviços rurais; V digitação e preparação de dados para processamento; VI acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos; VII cobrança; VIII coleta e reciclagem de lixo e resíduos; IX copa e hotelaria; X corte e ligação de serviços públicos; XI distribuição; XII treinamento e ensino; XIII entrega de contas e documentos; XIV ligação e leitura de medidores; XV manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos; XVI montagem; XVII operação de máquinas, equipamentos e veículos; XVIII operação de pedágio e de terminais de transporte; XIX operação de transporte inclusive nos casos de concessão ou subconcessão; XX portaria, recepção e ascensorista; XXI – recepção, triagem e movimentação de materiais; XXII promoção de vendas e eventos; XXIII secretaria e expediente; XXIV recepção, triagem e movimentação de materiais; XXV secretaria e expediente; XXVI – saúde; e XXVII telefonia, inclusive telemarketing".

Desta forma, consideram-se cessão de mão-de-obra, somente estas atividades para efeito tributário.

O STJ vem firmando entendimento, que apesar do rol de atividades elencadas no art. 31, § 4º, da Lei nº 8.212/91 (alterada pela Lei nº 9.711/98) não ser taxativo, a inclusão de novos serviços como cessão de mão-de-obra somente pode dar-se por lei ou ato normativo interno do poder público (Resp 587577/RS, Francisco Falcão, DJde 17.12.2004).

Desta forma, tanto pela concepção de locação de mão-de-obra, como pela cessão de mão-de-obra, não pode prosperar os respectivos Atos declaratórios, pois em ambas as situações, não se configura a exclusão do Simples Federal e Simples Nacional.

(...)

Não há em toda a fundamentação que sustenta a locação de mão-de-obra, desde quando o contribuinte teria infringido a legislação do Simples. A única referência que encontramos, refere-se ao inciso II, do § F do art. 24 da IN SRF n. 608/06 e com base nisso, afirma que a exclusão deve reportar-se a 01/01/2002.

Como afirma a autoridade fiscal, o contribuinte estava enquadrado no Simples Federal desde 17/03/1997. Portanto, o contribuinte no período de 17/03/1997 a 31/12/2001 estava enquadrado no Simples Federal.

O Inciso I, do Art. 14 da lei. 9317/96, dispõe que a exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer

das hipóteses de exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

A letra "a" do inciso II do Art. 13, dispõe que a exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á obrigatoriamente, quando incorrer em qualquer das situações excludente constantes do art. 9º. Como se extrai da representação Safiz 002/2009, o motivo do desenquadramento é exercer atividade de locação de mão-de-obra, que é impeditiva no enquadramento no Simples.

No objeto social da declaração de empresário, não consta à prestação de serviço mediante locação de mão-de-obra como atividade a ser implementada pelo contribuinte, assim deveria a autoridade fiscal detalhar desde quando o contribuinte exerce essa atividade.

O inciso II do artigo 15 da Lei 9.317/96, dispõe que o efeito do desenquadramento seria a partir do mês subsequente ao que for incorrida a situação excludente, nas hipóteses de que tratam os incisos III a XIV e XVII a XIX do caput do art. 9º.

Caso venha se configurar a locação de mão-de-obra, como não está descrito quanto o contribuinte incorreu na situação excludente, o efeito deve ser considerado a partir do ato declaratório, não podendo retroagir, pois não há nenhuma referência no tocante desde quando o contribuinte começou desenvolver atividade vedada pelo Simples Federal e Nacional.

No relatório, item 19, foi mencionado que configurou-se evidente intuito de fraude, afastando-se a aplicação do disposto no § 4º do art. 15 do CTN, e levando-se a contagem do prazo decadencial para efetivação do lançamento e ofício para o disposto no inciso I do art. 173 do CTN.

A apresentação de declarações inexatas, por si só, não comporta a imputação de evidente intuito de fraude, para fins de afastamento do art. 150, § 4º do CTN na contagem do prazo decadencial. E a RFFP, por sua vez, é comunicação de ocorrência em tese de crime contra a ordem tributária para encaminhamento ao Ministério Público, que muitas vezes irá argüir o dolo elementar na conduta.

Dessa forma, se a autoridade lançadora utilizou o art. 173, I, do CTN, para fins de decadência, sob a justificativa de evidente intuito de fraude, haveria de estar demonstrada nos autos as circunstâncias que conduziram a essa conclusão.

(...)

No presente caso, como o lançamento foi realizado em 17/06/2009 e abrange o período de 01/2004 a 10/2008, tem-se que as competências anteriores a julho de 2004 são decadentes por qualquer um dos dispositivos do CTN que tratam da matéria.

Assim, conforme o entendimento manifestado no parecer PGFN/CAT Nº 1617/2008 acima, por ter havido antecipação de pagamento conforme documentos em anexo, a elas se aplicam a regra contida no art. 150, § 4º do CTN.

Dessa forma, como o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 17/06/2009, as contribuições devidas e não recolhidas, referentes às competências anteriores a junho/2004, encontram-se decadentes, sendo dever de ofício da autoridade administrativa reconhecer esse fato e excluir essas competências deste lançamento."

DOS PEDIDOS

Diante do todo exposto, requer-se a esta Colenda Turma Julgadora:

a) O recebimento e o processamento da presente impugnação/defesa, segundo as normas que regem o processo administrativo, suspendendo a exigibilidade do crédito nos termos do inciso III do art. 151 do CTN;

b) Seja suspenso o julgamento da presente impugnação, até decisão irrecurável do processo administrativo de Exclusão do Simples processo n. 13982.000193/2009-81;

c) Seja considerado improcedente o lançamento de constituição do crédito tributário materializado no Auto de Infração n. DEBCAD 37.180.0064, pelas razões declinadas na presente impugnação;

d) Caso seja considerado procedente, seja excluído por decadência as competências anteriores a julho de 2004.

Na seqüência, foi proferido o Acórdão recorrido, julgando procedente em parte a impugnação apresentada, mantendo em parte o crédito tributário exigido.

Após intimada, a interessada apresenta seu respectivo Recurso, pugnando pelo provimento, onde apresenta argumentos que serão posteriormente analisados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator

Antes de qualquer outra verificação do recurso interposto, um questão preliminar requer averiguação;

I. DA INCOMPETÊNCIA DESTA 1ª SEJUL

Analisando os autos, verifico que ao cabo de uma única auditoria, a autoridade encarregada formalizou dois processos administrativos.

No caso dos autos, trata-se de lançamento, onde é exigido crédito tributário de contribuições sociais devidas ao INSS e destinadas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa (cota patronal) e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT), tendo como fatos geradores os pagamentos das remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, constantes das Folhas de Pagamento e registrada nos livros contábeis da empresa (Diário e Razão), compreendidas no período de 01/2004 a 10/2008..

Assim, embora o presente processo seja decorrente do Ato da exclusão do Simples da recorrente, a exigência aqui reclamada baseia-se em remunerações de seus empregados e de contribuintes individuais.

Sobre a competência desta Seção de Julgamento, transcrevo o inciso IV, artigo 2º do Anexo II, com a redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016:

Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

(...)

*IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), **Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova;** (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

(G.N)

De acordo com tal norma, no que aqui nos interessa, apenas recursos que versem sobre aplicação da legislação relativa à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta atrairiam a competência para esta Seção de Julgamento, e só se a exigência fosse formalizada com base nos mesmos elementos de provas de eventual lançamento de IRPJ/CSLL. No caso, **não** se trata nem mesmo de Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta.

Dispõe ainda o mesmo diploma no art. 3º, IV, que:

Art. 3º À 2ª (segunda) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

(...)

*IV - **Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007;***

(G.N)

A distribuição de competência entre as três Seções de Julgamento do CARF consiste em repartição jurisdicional em razão funcional, para atender o interesse público. Como tal, não é passível de modificação, devendo eventual incompetência ser conhecida de ofício

Assim, tendo em vista que o presente caso trata de exigência de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações de segurados empregados e de contribuintes individuais, resta claro que ele está fora do âmbito de competência de julgamento desta 1ª Seção, devendo ser remetido à 2ª Seção, que tem a efetiva competência para o julgamento.

Conclusão

Diante do exposto, voto por declinar da competência para julgamento do recurso em favor da Segunda Seção de Julgamento.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza