



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

Processo n° 10510.004018/2009-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.704 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de setembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente ESTADO DE SERGIPE - ADMINISTRAÇÃO DIRETA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 30/04/2009

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

ALEGAÇÃO SEM PROVA

Alegação desacompanhada das respectivas provas não se presta como motivo para revisão do lançamento fiscal.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - MULTA DE OFÍCIO - EXCLUSÃO.

O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Até a competência 11/2008 a multa de ofício não existia para o tributo em questão e, portanto, ela deve ser excluída do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COOPERATIVAS DE TRABALHO - RETENÇÃO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RE 595.838/SP - RICARF.

O Supremo Tribunal Federal julgou pela inconstitucionalidade da contribuição instituída no art. 22, IV da Lei 8.212/91, sobre serviços prestados por cooperativas de trabalho nos autos do RE 595.828/SP, em decisão plenária, na sistemática da Repercussão Geral.

Diante da vinculação deste conselho à decisão veiculada por decisão plenária do STF no RE n°. 595.838/SP, conforme arts. 62, I e 62-A do RICARF, devem ser afastados os valores relativos à autuação referente às contribuições das cooperativas de trabalho.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando a exclusão da multa de ofício do lançamento, até a competência 11/2008 e a exclusão dos levantamentos CAS e CMS - Cooperativas. Votaram pelas conclusões os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas e Daniele Souto Rodrigues.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Marcelo Magalhães Peixoto, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas, Ivacir Julio de Souza, Daniele Souto Rodrigues e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador, Acórdão 15-24.473 da 7ª Turma, que julgou a impugnação improcedente, mantendo em parte o crédito tributário, conforme abaixo:

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo 10510.004018/2009-21, do Auto de Infração (AI), cadastrado sob numero 37.216.715-2, acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar PROCEDENTE EM PARTE o lançamento, retificando a multa de ofício aplicada de 75% (setenta e cinco por cento) para 30% (trinta por cento), por ser mais benéfica, no estágio em que se encontra o processo, e nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

O lançamento e a impugnação foram assim relatadas no julgamento de primeira instância:

O presente Auto de Infração (AI), lavrado em desfavor do Estado de Sergipe- Administração Direta, refere-se, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 37-40, às contribuições sociais previdenciárias patronais, incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados e contribuintes individuais não declaradas em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP). Consta ainda do presente crédito a contribuição de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que foram prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho.

O presente crédito tributário perfaz um montante de R\$ 2.166.873,21 (dois milhões cento e sessenta e seis mil oitocentos setenta e três reais e vinte e um centavos), referindo-se ao período de 01/2005 a 04/2009 e consolidado em 23 de novembro de 2009.

A ação fiscal foi realizada junto ao Estado de Sergipe - Fundo Estadual de Saúde, CNPJ 04.384.829/0001-96.

Pontua a Fiscalização que a remuneração paga aos trabalhadores do Fundo Estadual de Saúde que estão vinculados ao Regime Próprio de Previdência do Estado não foi objeto de análise na fiscalização, pois o procedimento fiscal foi restrito aos fatos geradores das contribuições para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Constam do crédito os seguintes Levantamentos:

ENG e Z3- Contribuição incidente sobre as remunerações pagas a segurados empregados, constantes da folha de pagamento, sem a devida declaração em GFIP;

PNG e Z6- Contribuição incidente sobre as remunerações pagas a segurados contribuintes individuais, constantes dos registros contábeis e contratos, sem a devida declaração em GFIP;

CAS- Refere-se aos valores pagos pelos serviços prestados por cooperados por intermédio da Cooperativa dos Anestesiologistas de Sergipe (COOPANEST), inscrita no CNPJ sob número 16.469.678/0001-58, constantes de registros contábeis, contratos e notas fiscais, que não foram declarados em GFIP; e

CMS- Refere-se aos valores pagos pelos serviços prestados por cooperados por intermédio da Cooperativa dos Médicos de Sergipe (COOPMESE), inscrita no CNPJ sob número 05.246.729/0001-66, constantes de registros contábeis, contratos e notas fiscais, que não foram declarados em GFIP.

A Fiscalização ainda juntou aos autos o Anexo 1 (fls. 41-58), planilha que elenca, nominalmente, os segurados empregados constantes de folhas de pagamentos e os contribuintes individuais que constam de registros contábeis, mas não relacionados em GFIP.

Por fim, no item 13 do Relatório Fiscal há a afirmação de que foi realizado o comparativo da multa aplicada, em função das modificações trazidas pela Lei 11.941/2009, reportando-se aos Anexos II, III e IV do Auto de Infração.

O sujeito passivo foi cientificado deste lançamento, pessoalmente, em 24 de novembro de 2009, conforme assinatura aposta na folha do rosto do AI. Apresentou defesa em 17 de dezembro de 2009, aduzindo, em síntese, o que se relata a seguir.

Insurge-se contra a cobrança da contribuição de 15% sobre o valor bruto de nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, aduzindo que é inconstitucional tal exação. Na hipótese de se considerar constitucional a exigência, deverão ser deduzidos os valores contidos nas notas fiscais e que não se referem à remuneração dos cooperados (como por exemplo a taxa de administração).

Para respaldar sua tese, transcreve o art. 219, parágrafo 7º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048, de 1999. Requer perícia, indicando assistente técnico e formulando quesitos, como o fito de excluir do lançamento os valores contidos nas notas fiscais de serviço e que não se referem à remuneração dos cooperados.

Aduz que a autoridade fiscal não levou em consideração as retificações realizadas pelo Autuado, conforme documento em anexo. Com isso o lançamento não deve prosperar até que sejam levadas em consideração tais retificações, mediante laudo pericial. Requer perícia, indicando assistente técnico e formulando quesitos.

Preliminarmente, requer a nulidade do crédito previdenciário. O lançamento deve ser declarado nulo porque dificulta a sua impugnação, uma vez que não foram registrados, de forma clara, os elementos que serviram de fundamento para informação da matéria tributável. Com isso, dificulta por demais a efetivação da garantia do contraditório e da ampla defesa assegurados na Carta Magna.

Alega decadência do direito de lançar. Não há respaldo jurídico para o lançamento das contribuições previdenciárias relativas ao período anterior a cinco anos da lavratura do auto de infração, porque estão sob o efeito da decadência.

Aduz que o lançamento não levou em consideração os casos em que, embora existente documento formalizando o vínculo com Estado de Sergipe, o pagamento da maioria se dá após três meses, momento em que o pagamento se dá de forma retroativa. Requer perícia, indicando Perito e formulando quesitos.

O lançamento não faz distinção dos fatos geradores e das bases de cálculo decorrentes entre os segurados empregados (CLT), os ocupantes dos cargos comissionados e de todos os servidores estatutários. Requer perícia.

Pontua que na eventualidade de não ocorrer a retenção de 11% pelo tomador de serviço, mas recolhida a contribuição previdenciária pela empresa prestadora de serviço, não há tributo remanescente a ser cobrado pelo responsável por substituição. Requer perícia para excluir do lançamento as hipótese em que houve recolhimento da contribuição pelos contribuintes de fato (prestadores).

Aduz que os serviços de empreitada global não se sujeitam à retenção.

Ressalta que as empresas optantes pelo SIMPLES não estão sujeitas à substituição tributária imposta pela Lei 8.212, de 1991, no seu artigo 31. Requer perícia.

Posto isto, a Secretaria de Estado da Saúde requer a declaração da nulidade do lançamento.

Requer a decadência. Requer perícia, indicando assistente técnico e formulando quesitos, em vários itens já explicitados no corpo da impugnação.

Por fim, requer a declaração da improcedência total do lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário onde alega/questiona, em síntese:

- inclusão indevida de servidores vinculados a regime próprio de previdência social no órgão de origem;
- inconstitucionalidade da cobrança incidente sobre os valores pagos às cooperativas de trabalho;
- exclusão da base de cálculo dos valores relativos a taxa de administração destacado nas notas fiscais;
- levantamentos com base em valores declarados em GEIP. diferença em relação a base de cálculo contida na folha de pagamento. impossibilidade de elaboração de GFIP retificadora. Necessidade de revisão dos lançamentos;
- ausência de identificação no RADA da utilização de todo o montante de recolhimentos contidos nos documentos apresentados a fiscalização - cerceamento de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

INCONSTITUCIONALIDADE – COMPETÊNCIA

A recorrente alega ilegalidades e/ou inconstitucionalidades nas normas que fundamentaram o lançamento e competência deste colegiado para decidir sobre a questão.

Inicialmente deve-se registrar que tanto o lançamento como os acréscimos têm respaldo nas leis.

Cumprido esclarecer que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

O Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, que aprovou a Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda apresenta as atribuições do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no artigo 32.

Art. 32. Ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado julgante, paritário, compete julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme estabelecido nos arts. 25, inciso II, e 37, § 2º, do Decreto nº 70.235, 6 de março de 1972, alterado pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

Parágrafo único. Metade dos conselheiros integrantes do CARF será constituída de representantes da Fazenda Nacional, e a outra metade, de representantes dos contribuintes, indicados pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional e pelas centrais sindicais

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, em seu artigo 62 expressamente veda aos julgadores do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Para haver harmonia nos julgamentos, conforme artigo 72 do Regimento Interno, o CARF emitirá súmulas para decisões reiteradas e uniformes, de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Nesse sentido, quando da Consolidação das Súmulas dos Conselhos de Contribuintes, foi editada a Súmula CARFnº 2:

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

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

SERVIDORES VINCULADOS AO REGIME PRÓPRIO DO ESTADO

A recorrente alega inclusão indevida de servidores vinculados a regime próprio de previdência social no órgão de origem (comissionados).

Para essa questão, observo que consta do Relatório Fiscal registro que os trabalhadores vinculados ao regime próprio não foram objeto da fiscalização e apresenta um anexo, folhas 18 a 34, planilha onde elenca os segurados empregados constantes de folhas de pagamentos e os contribuintes individuais que constam de registros contábeis, mas não relacionados em GFIP, identificando-os pelo nome e pelo NIT, especificando se empregado ou contribuinte individual e a remuneração por competência.

2. A remuneração paga aos trabalhadores do Fundo Estadual de Saúde que -estão vinculados ao Regime Próprio de Previdência do Estado não foi objeto de análise na fiscalização, pois o procedimento fiscal foi restrito aos fatos geradores das contribuições para o Regime Geral de Previdência Social-RGPS.

Entendo bem detalhado o trabalho elaborado pelo fisco.

Temos que a alegação da recorrente é genérica, aponta apenas uma hipótese, sem identificar nenhum fato concreto.

Entendo que essa alegação, desprovida de provas, não pode ser aceita.

BASES DE CÁLCULO

A recorrente alega que as bases de cálculo foram identificadas na GFIP, que está providenciando GFIPs retificadoras e requer perícia.

Entendo prescindível a perícia e indefiro o pedido. A oportunidade de apresentar provas expirou.

Novo caso de apresentação de hipótese sem apontar nenhum caso concreto.

Entendo a alegação como genérica, desprovida de provas e não a acato.

TRIBUTAÇÃO INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO

Conforme Relatório Fiscal, os levantamentos CMS e CAS foram lavrados pela falta de recolhimento das contribuições incidentes sobre os serviços prestados por cooperativas de trabalho para a recorrente.

9. Nos Relatórios constantes deste Auto de Infração - Al, as diferenças apuradas relativas às contribuições devidas pela entidade - Parte Patronal incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, foram lançadas através dos seguintes Levantamentos:

9.1. CAS - Refere-se aos valores pagos pelos serviços prestados por cooperados por intermédio da Cooperativa dos Anestesiologista de Sergipe - COOPANEST, CNPJ 16.469.678/0001-58, constantes dos registros contábeis do Fundo Estadual de Saúde, de contratos e notas fiscais, que não foram declarados em GFIP. Foi juntado o Anexo V - Relação de Notas Fiscais da Prestação de Serviço da COOPANEST.

9.2. CMS - Refere-se aos valores pagos pelos serviços prestados por cooperados por intermédio da Cooperativa dos Médicos de Sergipe - COOPMESE, CNPJ 05.246.729/0001-66, constantes dos registros contábeis do Fundo Estadual de Saúde, de contratos e notas fiscais, que não foram declarados em GFIP. Foi juntado o Anexo VI - Relação de Notas Fiscais da Prestação de Serviço COOPMESE.

Para as cooperativas de trabalho, as contribuições devidas a cargo da empresa, tem sua disposição no art. 22, IV, Lei nº 8.212/1991:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...) IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, deu provimento a recurso e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.212/1991 (artigo 22, inciso IV) que prevê contribuição previdenciária de 15% incidente sobre o valor de serviços prestados por meio de cooperativas de trabalho. A decisão foi tomada no julgamento

do Recurso Extraordinário (RE) 595838, com repercussão geral reconhecida, no qual uma empresa de consultoria questiona a tributação.

A Lei 9.876/1999, que inseriu a cobrança na Lei 8.212/1991, revogou a Lei Complementar 84/1996, na qual se previa a contribuição de 15% sobre os valores distribuídos pelas cooperativas aos seus cooperados. No entendimento do Tribunal, ao transferir o recolhimento da cooperativa para o prestador de serviço, a União extrapolou as regras constitucionais referentes ao financiamento da seguridade social.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário e declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.876/1999. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pelo amicus curiae, o Dr. Roberto Quiroga Mosquera, e, pela recorrida, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Plenário, 23.04.2014.

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Enquanto que o art. 62-A, do Regimento Interno do CARF, dispõe que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática prevista pelos artigos 543-B, CPC, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Portanto, diante da vinculação deste conselho à decisão supra, RE nº. 595.838/SP, conforme arts. 62, I e 62-A do RICARF, devem ser afastados os valores relativos à autuação referente às contribuições das cooperativas de trabalho.

RECOLHIMENTOS

A recorrente aponta a ausência de identificação no RADA da utilização de todo o montante de recolhimentos contidos nos documentos apresentados a fiscalização - cerceamento de defesa.

Não concordo com a recorrente.

O RADA – Relatório de Apropriação dos Documentos Apresentados, demonstra com detalhes a apropriação dos recolhimentos da recorrente.

MULTA DE OFÍCIO

Estabelece o CTN que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Constata-se que até 11/2008 não existia multa de ofício para as contribuições previdenciárias.

Entendo que a Lei 11.941/2009 inovou. Trouxe para o ordenamento legal das contribuições previdenciárias, quando criou o artigo 35 – A na Lei 8.212/91, a multa de ofício.

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

No caso do presente processo, que trata de contribuições previdenciárias, à época de parte dos fatos geradores, a multa de ofício não existia.

Por essa inexistência, entendo que, até a competência 11/2008, a multa de ofício não poderia ser aplicada. Entendo ser esse motivo suficiente para determinar sua exclusão do lançamento.

CONCLUSÃO

Voto pelo provimento parcial do recurso, determinando a exclusão da multa de ofício do lançamento, até a competência 11/2008 e a exclusão dos levantamentos relativos a tributação incidente sobre os serviços prestados por meio de cooperativas de trabalho (CAS e CMS).

Carlos Alberto Mees Stringari

CÓPIA