



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

Processo nº 10935.001122/2011-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.683 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2012
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA
Recorrente ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E INDUSTRIAL DE CASCAVEL ACIC
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - COOPERATIVAS DE TRABALHO - AI DEBCAD nº 37.285.991-7

Houve discriminação clara e precisa dos fatos geradores, possibilitando o pleno conhecimento pela recorrente.

A contribuição a cargo da tomadora sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura de serviços prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho está previsto no art. 22, IV da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.876/1999

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI Nº 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO Nº 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - AI DEBCAD n. 37.285.992-5

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei nº 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.: “ **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)”.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - NFLD CORRELATAS - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS- AÇÕES TRABALHISTAS.

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado das AIOP lavradas sobre os mesmos fatos geradores.

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DE LEI E CONTRIBUIÇÃO - COOPERATIVA DE TRABALHO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO -DISCUSSÃO JUDICIAL. - RENÚNCIA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - NÃO CONHECIMENTO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, Por unanimidade de votos: I) conhecer parcialmente do recurso referente ao AI n. 37.285.991-7(AIOP) e ao AI 37.285.992-5(AIOA); II) rejeitar o pedido de sobrestamento; e III) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente Auto de Infração, lavrado em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, sobre os serviços prestados por cooperativa de trabalho, no período de 02/2006 a 12/2007. O AI em questão contém em seu bojo 2 infrações, assim, especificadas:

AI n. 37.285.991-7 - O fato gerador da contribuição objeto do Auto de Infração - Al nº 37.285.991-7 é a prestação, pelos cooperados intermediados pela cooperativa de trabalho, de serviços remunerados à associação.

AI 37.285.992-5 - No decorrer da ação fiscal, verificou-se que a associação declarou GFIP's - Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - dos meses de 02/2006 a 12/2007 informando como valor pago a cooperativas de trabalho. Ocorre que a fiscalização apurou a existência de pagamentos para cooperativas de trabalho durante todo o período. A omissão de fatos geradores na GFIP constitui infração à Lei 8.212/91, artigo 32, inciso IV e § 5., acrescentados pela Lei 9.528/97.

Conforme descrito no relatório fiscal, fls. 01 a 09, o lançamento e refere-se a contribuições previdenciárias, devidas e não repassadas a Seguridade Social — INSS, constituída da contribuição de 15% (quinze) incidente sobre as faturas da prestação de serviços por cooperativas de trabalho UNIMED.

As bases de cálculo das contribuições previdenciárias foram apuradas pelo exame dos contratos de prestação de serviços e das faturas de prestação de serviços emitidas pela UNIMED DE CASCAVEL - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, em favor da ACIC.

As faturas emitidas pela UNIMED apresentam como padrão a discriminação dos valores dos serviços prestados em 'ATO COOPERATIVO PRINCIPAL', 'ATO COOPERATIVO AUXILIAR', 'ATO NÃO COOPERATIVO' e 'OUTROS'. A UNIMED apresentou declaração, em resposta a solicitação da Receita Federal no ano de 2007, esclarecendo o significado destas expressões:

- "ATO COOPERATIVO PRINCIPAL: são os serviços executados por médicos cooperados;*
- ATO COOPERATIVO AUXILIAR: todos os serviços realizados para que o ato médico se realize, exames, internações;*
- ATO NÃO COOPERATIVO: são os serviços executados por médicos não cooperados;*

- OUTROS: são os serviços como taxa remoção aérea e emissão de segunda via de cartão."

Cópias das faturas de prestação de serviços emitidas nos meses 04/2006, 10/2006, 03/2007 e 09/2007 estão anexadas na via do Auto de Infração da RFB - Receita Federal do Brasil. A declaração da UNIMED citada acima está anexada na via do Auto de Infração da RFB e na entregue à associação. Estes documentos comprovam as informações do parágrafo anterior.

Quando da aplicação das multas, observa-se no relatório fiscal, que a autoridade fiscal procedeu ao comparativo entre as multas, senão vejamos:

Na aplicação de multas esta auditoria-fiscal considerou as alterações na legislação trazidas pela MP 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, assim como foi observado o princípio da retroatividade benigna (CTN, art. 106, inc. II, c),

comparando-se a multa imposta pela legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador e a imposta pela legislação superveniente, para as infrações com fato gerador anterior a 04/12/2008, data da entrada em vigor da MP nº 449/2008.

Encontra-se em anexo relatório com comparação das multas, onde fica demonstrado que a multa mais benéfica para as competências 02/2006 a 12/2007 é a soma da multa de mora de 24%, aplicada através do Auto de Infração Al 37.285.991-7, com a multa do Auto de Infração Al 37.285.992-5.

No relatório de comparação das multas, a multa de 24% está na coluna identificada como 'Multa Anterior', a multa do Auto de Infração 37.285.992-5 está na coluna 'Al 68', a soma destas multas está na primeira coluna identificada como 'Total Multa' e se refere à regra anterior à MP nº 449/2008. A coluna 'Multa Atual' foi obtida pelo cálculo de 75% sobre a contribuição previdenciária originária devida no auto de infração Al 37.285.991- 7. A segunda coluna que possui o título 'Total Multa' apresenta os mesmos valores da coluna 'Multa Atual' e representa a regra de aplicação de multas posterior à MP nº 449/2008. Finalmente, a coluna 'Multa Menos Severa' indica a multa efetivamente aplicada, após a comparação das regras anterior e posterior à MP nº 449/2008.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 17/02/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 28/02/2011.

Foi anexado aos autos cópia de mandado de segurança, 621, donde o autor (dentre eles o autuado), requer seja concedida liminar determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, no termos do art. 151, IV do CTN.

Foi concedida liminar, fls. 540, no sentido de deferir para suspender a exigibilidade da exação prevista no art. 22,TV, da Lei n.º 8.212/91, pela nova redação dada pela Lei n.º 9.876/99.

Foi anexada ainda, sentença datada de 13/03/2001, fl. 660, onde restou julgado o mérito, cassando a liminar concedida, convertendo os depósito em renda. Dessa

decisão recorreu o autuado em sede de apelação conforme fls. 653, e posteriormente interpôs Recurso Extraordinário, fl. 674.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 352 a 371 e 399 a 439 .

Foi exarada a Decisão- de 1 instância, fls. 449 a 457, que confirmou a procedência

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2007 **AI NÚMEROS 37.285.9917 e 37.285.9925** PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

A propositura de ação judicial, antes ou posteriormente à notificação, afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria objeto da mesma pretensão, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada.

MATÉRIA DIFERENCIADA. APRECIAÇÃO.

Se na impugnação houver matéria distinta da constante do processo judicial, o julgamento limitarseá à matéria diferenciada.

MULTA. APLICABILIDADE. LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

A constatação da existência de crédito tributário devido e não recolhido pelo sujeito passivo configura ilícito tributário que sujeita o infrator à aplicação de multa pecuniária nos termos da legislação de regência.

CONFISCO. VEDAÇÃO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

TAXA SELIC. LEGALIDADE.

É legal a aplicação da taxa do SELIC para fixação dos juros moratórios no recolhimento do crédito tributário em atraso.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. APRECIAÇÃO.

À esfera administrativa não cabe conhecer de arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo, matéria de competência do Poder Judiciário, por força do próprio texto constitucional.

SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.

O processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais o da oficialidade, que obriga à administração impulsionar o processo até sua decisão final, não havendo previsão normativa para sobrestamento de processo administrativo de determinação e exigência de crédito lançado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 461 a 487 e 499 a 519. Em síntese, a recorrente traz as mesmas alegações da impugnação, para os dois AI contidos no lançamento em questão, quais sejam:

1. A Associação Comercial e Industrial de Cascavel-ACIC, vem alegar, preliminarmente, que a inexistência de recolhimentos dos valores decorre de medida judicial impetrada contra a exigência da contribuição, tendo obtido, em primeiro grau, liminar determinando que o contribuinte se abstivesse de tais recolhimentos.
2. Alega que, por ocasião do julgamento do mérito da ação, o juízo da 2ª Vara Federal de Cascavel, acolheu o pedido de inconstitucionalidade da Lei que estabeleceu a cobrança dessa contribuição, sendo deferida a liminar. Diz que os autos se encontram em grau de Recurso Especial e Extraordinário no TRF da 4ª Região, carentes de apreciação (RE 515080 REx, Resp 691447).
3. Argúi que a aplicação dos Autos de Infração se opõe ao entendimento jurídico de inconstitucionalidade da contribuição pela empresa tomadora de serviços, na posição de contribuinte, sobre a nota fiscal relativa a serviços prestados por cooperativas de trabalho, que, também, se encontra fortalecido pelo Parecer expedido pelo Procurador da República na ADIN 25945/ 600, intentado pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI, e que tanto a ação proposta pela Associação Comercial e Industrial Cascavel, como a proposta pela CNI, ainda não foram julgadas, permanecendo em discussão a exigibilidade da contribuição.
4. No mérito argumenta que o sujeito passivo e a base de cálculo definida na Lei nº9.876, de 1999, estão em descompasso com o art. 195, I, da Constituição Federal, pois, a incidência seria sobre os rendimentos do trabalho pago ou creditado à pessoa física, e não sobre o valor da nota fiscal ou fatura emitida, sendo assim, trata-se de uma nova contribuição que só poderia ser criada por meio de lei complementar (art. 195, §4º e 154, I, da Constituição Federal). Pede a improcedência do AI em face da inconstitucionalidade da contribuição exigida.
5. Prossegue, alegando que não há legitimidade para a exigência da adoção da taxa SELIC como juros moratórios dos débitos fiscais federais, como pretende a Lei nº9.065/95, já que a mesma não possui característica de indenização, própria dos juros moratórios.
6. Contesta a aplicação da multa, argüindo que essa tem natureza de confisco e que não poderia exceder o percentual de 30% do valor da contribuição lançada.
7. Por fim, pede o acolhimento da preliminar suscitada ou sobrestamento do feito até decisão definitiva a ser proferida na ADIN nº25945/ 600 pelo STF, caso contrário, acolhimento das razões de mérito e improcedência do AI.

Processo nº 10935.001122/2011-97
Acórdão n.º **2401-002.683**

S2-C4T1
Fl. 5

O processo foi encaminhado a este conselho para julgamento
É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 460 e 461. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

QUANTO A SUSPENSÃO DO PROCESSO

Primeiramente, quanto ao requerimento de suspensão do processo até o julgamento final da ação em que o recorrente questiona a contribuição sobre os serviços prestados por cooperativa de trabalho, ressalte-se, que assim, como já o fez a autoridade julgadora, entendo que não existe respaldo para o pedido do recorrente.

Apesar de inicialmente ter obtido medida liminar acerca do questionamento da contribuição objeto deste lançamento, observamos que nas sentenças proferidas tanto no 1 grau, como na esfera recursal não obteve o recorrente êxito em sua empreitada, estando pendente apenas o recurso extraordinário que diga-se não lhe confere direito ao pedido de suspensão. Dessa forma, tanto o procedimento fiscal, poderia ter sido realizado, assim, como o foi, como deve ser dado seguimento ao julgamento da lide, sendo que apenas a cobrança do crédito deverá aguardar a decisão definitiva.

Os argumentos do recorrente quanto a nulidade do procedimento, face a ação judicial, só vingariam se o mesmo tivesse obtido medida liminar para impedir a realização de procedimento fiscal, o que não é o caso. Ademais, até o trânsito em julgado, não há que se falar em definitividade do direito do recorrente quanto ao não recolhimento da contribuição lançadas nos presentes autos. Ademais, caso no mérito o recorrente não alcance sua pretensão no momento da apreciação final, os efeitos da liminar retroagem até a data de sua concessão, razão porque a inércia do fisco, poderia ensejar a decadência do direito de lançar as contribuições aqui descritas.

SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO FINAL DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto a questão de sobrestamento até o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 2594/DF. Afirma que tem sido esse o procedimento adotado pelo Pretório Excelso, que tem atribuído efeito suspensivo aos recursos que questionam a constitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei n. 8.212/199, como se pode verificar de decisões exaradas no bojo das Ações Cautelares AC n. 805- QO e n. 993-6 – QO.

Adoto aqui posicionamento trazido pelo ilustre Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo em outro processo envolvendo a mesma matéria, onde deu-se seguimento ao julgamento da matéria relativa a contribuição sobre a contratação de cooperativa de trabalho.

Consultando as decisões nas referidas AC, verifico o STF deu provimento ao pedido das recorrentes para conferir efeito suspensivo aos Recursos Extraordinários manejados contra a exigência da contribuição incidente sobre as faturas emitidas por cooperativas de trabalho. Como se pode ver da ementa abaixo transcrita, não há o que se falar em sobrestamento de processos pelo Corte Constitucional em razão da referida ADI, a qual se

encontra pendente de julgamento (conforme consulta a <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, efetuada em 23/04/2011).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA EM DECISÃO MONOCRÁTICA E POSTERIORMENTE REFERENDADA PELO ÓRGÃO COLEGIADO. POSSIBILIDADE DE NOVA APRECIÇÃO DA MEDIDA.

Nos termos da orientação predominante do Supremo Tribunal Federal, a ação cautelar destinada ao empréstimo de efeito suspensivo a recurso extraordinário é ato que se exaure em si mesmo, não demandando citação nem contestação.

Possibilidade de reavaliação da medida concedida ou indeferida, quando há modificação do quadro fático-jurídico que lhe sirva de suporte.

MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA COM BASE EM DECISÃO TOMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE NOVAS RAZÕES.MANUTENÇÃO ATÉ JULGAMENTO DE MÉRITO DA CAUSA.

Ausentes novas razões relevantes ou modificação do quadro fático-jurídico, impõe-se a manutenção da medida cautelar concedida.

AÇÃO CAUTELAR 993-6 SÃO PAULO, Min. Relator JOAQUIM BARBOSA, DJe 20/10/2006).

Vê-se que o Acórdão acima é válido apenas entre as partes litigantes naquele processo, apenas conferiu efeito suspensivo ao RE, não tratando de sobrestamento de processos.

Diante disso, pode-se afirmar que não existem motivos para que se proceda ao sobrestamento do julgamento, haja vista que inexiste na legislação processual tributária norma que preveja a suspensão dos processos em razão de pendência de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

DO MÉRITO

Em primeiro lugar o procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita.

Importante destacar que as associações em relação aos segurados que contrata, ou mesmo no caso de contratação de cooperativas, possui as mesmas obrigações que as empresas em geral, tendo em vista sua equiparação.

Art. 12. Consideram-se:

I - empresa - a firma individual ou a sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e as entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; e

II - empregador doméstico - aquele que admite a seu serviço, mediante remuneração, sem finalidade lucrativa, empregado doméstico.

Parágrafo único. Equiparam-se a empresa, para os efeitos deste Regulamento: (Redação alterada pelo Decreto nº 3.265/99)

I - o contribuinte individual, em relação a segurado que lhe presta serviço; (Redação alterada pelo Decreto nº 3.265/99)

II - a cooperativa, a associação ou a entidade de qualquer natureza ou finalidade, inclusive a missão diplomática e a repartição consular de carreiras estrangeiras;

III - o operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra de que trata a Lei nº 8.630, de 1993; e

IV - o proprietário ou dono de obra de construção civil, quando pessoa física, em relação a segurado que lhe presta serviço.

Assim, irrelevantes os argumentos de que em sendo associação estaria desobrigada de efetuar as devidas retenções quando da contratação de cooperativas.

DA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL

Destaca-se de pronto, que não será conhecido o recurso acerca do mérito de ser devida contribuição sobre a contratação de cooperativa de trabalho, tendo em vista o recorrente encontrar-se em processo judicial a respeito da mesma matéria.

Conforme ofício às fls. 540 a 674, o recorrente ingressou com ação na qual discute a constitucionalidade da incidência de contribuição sobre cooperativas.

Nos termos do art. 19, Parágrafo Único da Lei 8870/94, c/c como art. 307 do RPS, aprovado pelo Decreto 3048/99, senão vejamos:

“ A propositura pelo Beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.”

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 1 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA Nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

Aliás esse foi o posicionamento já exarado pela autoridade julgadora. Transcrevo abaixo, trecho do voto, do qual concordo, com vistas a esclarecer ao recorrente a concomitância da ação judicial:

Em consulta à página da Justiça Federal na internet Portal da Justiça Federal da 4ª Região, verificouse que o lançamento incluso no presente Auto de Infração foi objeto de ação judicial Tratase do Mandado de Segurança nº2002.70.05.0103877(PR) impetrado pela Associação Comercial e Industrial de Cascavel ACIC contra o INSS, 2ª Vara Federal de Cascavel, para

suspender a exigibilidade da contribuição do art. 22, IV, da Lei nº 8.212, de 1991, na redação dada pela Lei 9.876, de 1999, onde a Sentença concedeu a segurança. Por sua vez, o INSS adentrou com recurso de Apelação, sendo os autos remetidos ao TRF da 4ª Região, que declarou a constitucionalidade do recolhimento de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho. Admitidos Recursos Especial e Extraordinário. Atualmente, os autos encontram-se na Secretaria de Recursos na seguinte situação: SUSPENSO/SOBRESTADO.

Sabese que a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa renúncia ao contencioso.

Nos termos do art. 62, parágrafo único do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, somente pode ser apreciado por este órgão julgador o que for diferente do argüido judicialmente:

Art. 62 A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, importa renúncia às instâncias administrativas. . (Alterado MEDIDA PROVISÓRIA Nº 232, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004 DOU DE 30/12/2004 Edição extra_).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada. . (Alterado MEDIDA PROVISÓRIA Nº 232, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004 DOU DE 30/12/2004 Edição extra_).

Da mesma forma, foi expedido o Ato Declaratório Normativo (ADN) n.º 3/1996, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, que dispõe:

a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto; b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc.);

Tratando este lançamento de objeto correlato àquele que se acha sob discussão judicial, qual seja exigibilidade das contribuições ou inexigibilidade pela via da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.876, de 1999, que acrescentou o inciso IV no artigo 22 da Lei nº 8.212, de 1991, esta Delegacia de Julgamento carece de competência para examinar e se pronunciar sobre tal matéria.

Assim sendo, em face dessa orientação, não cabe conhecimento da preliminar que pretende discutir a constitucionalidade da contribuição previdenciária a ser paga pela empresa, tomadora de serviços, na posição de sujeito passivo da obrigação tributária, sobre a nota fiscal relativa a serviços prestados por cooperativas de trabalho.

Desta forma, esta decisão somente conhece e aprecia a matéria diferenciada daquela submetida ao Poder Judiciário, no caso, a redução da multa aplicada a patamares razoáveis.

DA APRECIÇÃO DOS DEMAIS ARGUMENTOS NÃO DESCRITO NA AÇÃO JUDICIAL

QUANTO AS INCONSTITUCIONALIDADES ARGUIDAS.

QUANTO A TAXA SELIC

Com relação à arguição de ser indevida a cobrança de juros, razão não assiste ao recorrente. Está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia por haver tratamento

similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Nesse sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 3 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA Nº 3 do CARF: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

AI DEBCAD nº 37.285.9925 Exigibilidade das contribuições e da sua consequente informação em GFIP : matéria idêntica discutida na esfera judicial. Impossibilidade de apreciação na esfera administrativa.

DA MULTA IMPOSTA

Insurge-se o recorrente quanto a multa aplicada. Quanto a este ponto, entendo que razão não assiste ao recorrente.

Conforme descrito acima, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

Contudo, no caso em tela, considerando a edição da lei 11.941/2009, e em se tratando de AI de Obrigação Principal e Acessória diretamente relacionados, importante observação como se deu a aplicação dos dispositivos legais.

Conforme se extrai do relatório fiscal na aplicação de multas a auditoria-fiscal considerou as alterações na legislação trazidas pela MP 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, assim como foi observado o princípio da retroatividade benigna (CTN, art. 106, inc. II, c), comparando-se a multa imposta pela legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador e a imposta pela legislação superveniente, para as infrações com fato gerador anterior a 04/12/2008, data da entrada em vigor da MP nº 449/2008.

Encontra-se anexo ao relatório fiscal, fl. 03 a 06 relatório com comparação das multas, onde fica demonstrado que a multa mais benéfica para as competências 02/2006 a 12/2007 é a soma da multa de mora de 24%, aplicada através do Auto de Infração AI 37.285.991-7, com a multa do Auto de Infração AI 37.285.992-5.

No relatório de comparação das multas, a multa de 24% está na coluna identificada como 'Multa Anterior', a multa do Auto de Infração 37.285.992-5 está na coluna 'AI 68', a soma destas multas está na primeira coluna identificada como 'Total Multa' e se refere à regra anterior à MP nº 449/2008. A coluna 'Multa Atual' foi obtida pelo cálculo de 75% sobre a contribuição previdenciária originária devida no auto de infração AI 37.285.991- 7. A segunda coluna que possui o título 'Total Multa' apresenta os mesmos valores da coluna 'Multa Atual' e representa a regra de aplicação de multas posterior à MP nº 449/2008. Finalmente, a

coluna 'Multa Menos Severa' indica a multa efetivamente aplicada, após a comparação das regras anterior e posterior à MP nº 449/2008.

Dessa forma, assim como bem agiu a autoridade fiscal para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte: Norma anterior, pela soma da multa aplicada nos moldes do art. 35, inciso II com a multa prevista no art. 32, inciso IV, § 5º, observada a limitação imposta pelo § 4º do mesmo artigo, ou norma atual, pela aplicação da multa de setenta e cinco por cento sobre os valores não declarados, sem qualquer limitação, excluído o valor de multa mantido na notificação.

Nesse sentido, entendo que o cálculo adotado pela autoridade fiscal, encontra-se em perfeita consonância com a norma então vigente, não havendo qualquer reparo a ser realizado no mesmo. Diga-se que a empresa alega que o percentual não poderia ultrapassar 30%, todavia, o cálculo da multa deu-se estritamente dentro dos limites legais, não havendo qualquer reparo a ser realizado.

Assim, no que tange a arguição de inconstitucionalidade/ilegalidade da aplicação de juros e multa frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei nº 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições previdenciárias, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis contribuições sobre as faturas emitidas pela contratação de Cooperativas de Trabalho médico

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ nº 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. 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.

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.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001 por MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/10/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 29/10/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 09/11/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 12/11/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No mesmo sentido, incabível a apreciação, conforme já mencionado, pela suposta inconstitucionalidade da contribuição sobre a contratação de cooperativas de trabalho, uma vez que a matéria encontra-se alvo de ação judicial.

Ai 37.285.992-5

Destaca-se que nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que os fatos geradores que embasaram a autuação estarem descritos nos AIOP de obrigação principal. O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita, inclusive observando a aplicação de norma mais benéfica para cálculo da multa aplicada.

Conforme prevê o art. 32, IV da Lei nº 8.212/1991, o contribuinte é obrigado informar ao INSS, por meio de documento próprio, informações a respeito dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nestas palavras:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

*IV - **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)- (grifo nosso)*

Segundo a fiscalização previdenciária a partir das informações contidas no Relatório Fiscal constata-se que o recorrente deixou de informar os valores das bases de cálculo das contribuições incidentes sobre os valores pagos por meio de salários indiretos, o que gerou uma informação incorreta na GFIP.

Contudo, nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que os fatos geradores que embasaram a autuação estarem descritos na AIOP de obrigação principal. O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita.

Justificável apenas a necessária apreciação do desfecho do julgamento da do AIOP conexa, julgada em conjunto com o AIOA neste mesmo processo

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

Como é sabido, a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, foi correta a aplicação do auto de infração ao presente caso pelo órgão previdenciário. O relatório fiscal, indicou de maneira clara e precisa todos os fatos ocorridos, havendo subsunção destes à norma prevista, bem como procedeu a autoridade julgadora a devida apreciação da multa aplicada, não tendo o recorrente apresentado qualquer novo argumento que pudesse alterar o julgamento então proferido.

Isto posto, entendo correto o procedimento adotado pelo auditor na multa aplicada, assim como descrito no relatório fiscal, que apurou a multa de acordo com as alterações promovidas pela MP 449, convertida na lei 11.941.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da referida Decisão, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente são incapazes de refutar a presente autuação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO PARCIAL dos recursos AI n. 37.285.991-7(AIOP) e AI 37.285.992-5(AIOA) para rejeitar a preliminar de sobrestamento e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira