



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

Processo nº 11444.000246/2009-25
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.661 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CASA AVENIDA COMERCIO E IMPORTACAO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2004 a 31/12/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA
LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO
APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário. Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COOPERATIVAS DE TRABALHO -
CONTRATANTE - CONTRIBUINTE.

Incidem contribuições previdenciárias na prestação de serviços por intermédio de cooperativas de trabalho, nos termos do art. 22, IV, lei 8.212/1991. Desta forma, há a responsabilidade da empresa relativas a serviços prestados à contratante, por cooperados e por intermédio de cooperativa de trabalho.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício. Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica. Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Ivacir Júlio de Souza – Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Carolina Wanderley Landim. Ausentes, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

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

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 19/12/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 258 a 299, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, Acórdão nº 12-35.136 - 10ª Turma, fls. 246 a 252, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP nº. 37.200.001-0, com ciência da Recorrente em 26.03.2009, conforme Aviso de Recebimento – AR n.º RO 713699072 BR às fls. 168, com valor consolidado de R\$ 351.516,30.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 112 a 114, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de **contribuições da empresa** arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre os valores das notas fiscais/faturas de serviços contratuais prestados ao sujeito passivo por cooperados, por intermédio de cooperativa de trabalho médico, no período de 03/2004 a 12/2007, conforme relacionados na planilha que segue em anexo ao presente.

Ou ainda, segundo o Relatório Fiscal, às fls. 112 a 114, os atos geradores das contribuições da empresa, lançadas através desta autuação, a prestação de serviços por cooperados, intermediados por cooperativa de trabalho UNIMED de Assis Cooperativa de Trabalho Médico, CNPJ 54.991.211/0001-62, à empresa contratante:

4. Examinando-se os documentos solicitados pela fiscalização através do Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, bem como, o Subsídio Fiscal - SF n.º 22/08 de 15/01/2008 (cópia anexa) emitido pela fiscalização da RFB em procedimento fiscal anterior realizado na empresa UNIMED de Assis Cooperativa de Trabalho Médico, CNPJ 54.991.211/0001-62, constatou-se que o sujeito passivo contratou junto a essa entidade a prestação de serviços médicos e hospitalares, destinados aos segurados empregados do sujeito passivo, serviços esses prestados por cooperados, intermediados pela cooperativa de trabalho médico supramencionada. Seguem anexadas ao presente Relatório, cópia do Contrato de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares firmado entre a empresa e a UNIMED de Assis Cooperativa de Trabalho Médico, como também cópias, por amostragem, de notas fiscais/faturas de serviços contratuais relacionadas no SF n.º 22/08 mencionado.

5. Verificando-se as Guias da Previdência Social - GPS apresentadas constatou-se que não haviam sido recolhidas as contribuições da empresa incidentes sobre o valor das notas fiscais/faturas de serviços contratuais relacionadas no SF supracitado - todas emitidas pela UNIMED de Assis Cooperativa de Trabalho Médico contra a empresa contratante - relativas a serviços prestados à contratante, por cooperados e por intermédio de cooperativa de trabalho.

5.1. Destacamos que o montante dos valores das notas fiscais/faturas de serviços contratuais não foram informados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social - GFIP relativas ao período de 03/2004 a 12/2007.

6. A fundamentação das contribuições destinadas à Seguridade Social lançada através deste Auto de Infração está na Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, na redação dada pela Lei n.

9.876, de 26/11/1999, assim dispõe:

" **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. " 7. Constitui **fatos geradores** das contribuições da empresa, lançadas através desta autuação, a prestação de serviços por cooperados, intermediados por cooperativa de trabalho, à empresa contratante.

8. As **bases de cálculo** utilizadas em cada competência corresponde ao montante dos valores registrados nas notas fiscais/faturas de serviços pessoais contratuais, como sendo "Ato Cooperativo Principal".

8.1. Os valores das bases de cálculo inerentes ao período de 03/2004 a 12/2007, estão discriminados no levantamento UNI - Tomador Servs Coop Trab Médico do Relatório de Lançamentos - RL e do Discriminativo Analítico de Débito - DAD.

9. As contribuições relativas ao período de 03/2004 a 12/2007 recolhidas pelo sujeito passivo através de GPS's, **antes do início do procedimento fiscal** não foram consideradas pela fiscalização por se referirem a **fatos geradores distintos** dos lançados através desta autuação.

O Relatório Fiscal, às fls. 112 a 114, discrimina os documentos que serviram de base ao lançamento:

10. Os documentos que serviram de base ao presente lançamento foram:

- Subsídio Fiscal - SF n.º 22/08 de 15/01/08 ;
- Notas fiscais/faturas de serviços contratuais;
- Contratos de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares;
- Livros Diários relativos ao período de 03/2004 a 12/2007;
- Guias de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social - GFIP;
- Guias da Previdência Social - GPS; e • Contrato Social e alterações realizadas.

O Termo de Início do Procedimento Fiscal – TIPF foi informado às fls. 98 a 100, com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

O **período objeto do AIOP**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 12, é de **03/2004 a 12/2007**.

A Recorrente teve **ciência do AIOP no dia 26.03.2009**, conforme Aviso de Recebimento – AR nº RO 713699072 BR às fls. 168.

Contra a autuação, a **Recorrente apresentou Impugnação** tempestiva, de fls. 172 a 214, resumidamente, conforme Relatório da decisão de primeira instância:

3.1. Que neste recurso administrativo não busca a declaração da inconstitucionalidade da Lei 9.876/1999, o que se pretende é que a autoridade administrativa não exija tributo inconstitucional, dentro da sua competência funcional, discricionariedade e livre convencimento, resguardando-se, assim, a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a ampla defesa e o contraditório pleno, consectários do devido processo legal;

3.2. A defendente contratante de plano de saúde não possui vínculo de qualquer natureza com os cooperados, mas sim, com a sociedade cooperativa, a qual compete a responsabilidade privativa e específica da contratação dos prestadores de serviços e colocados à sua disposição;

3.3. As contribuições novas, para custeio da seguridade social, através de lei ordinária, constitui flagrante impropriedade técnica, vedada pelo artigo 195, § 4., da Constituição Federal;

3.4. A relação jurídica do serviço é firmada entre o médico e a cooperativa, sem a participação da defendente, cujo encargo para pagamento deriva de contrato e não da prestação dos serviços propriamente dita;

3.5. Portanto, a relação jurídica é contratual e o pagamento à cooperativa é realizado por força deste, sem qualquer vínculo com folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados pela prestação de serviços;

3.6. Inexiste, em um primeiro momento, qualquer relação direta ou indireta entre a defendente e o fato gerador da exação fiscal, não se podendo imputar à impugnante qualquer liame obrigacional, já que todas as operações, no que se refere à apenação, foram realizadas diretamente pela empresa UNIMED de Assis;

3.7. A estipulação de critérios para apuração do tributo por regulamento, decreto ou portaria, ofende o princípio da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição Federal de 1988);

3.8. Disciplinar critérios que permitem a quantificação do valor da "remuneração" paga ao médico credenciado e cooperado da Cooperativa Médica Unimed, base de cálculo do tributo prevista em lei, sujeição passiva, fato gerador; equivale a dispor sobre estes critérios sem que lei, formalmente elaborada, estabeleça essas condições procedimentais.

E a isto não se presta Decreto e, nem tampouco, portaria ou Instrução Normativa;

3.9. Por fim, a exigência tributária muito se aproxima de um "bis in idem", e com ele se confunde, já que a Cooperativa quando do pagamento aos seus cooperados pelos serviços prestados, retém os valores correspondentes aos 15% da remuneração que fazem jus, repassando-os à seguridade social;

3.10. Exigir pagamento do devedor nessa situação equivale a condená-lo a suportar em definitivo o ônus financeiro do imposto, ofendendo o princípio da não cumulatividade;

3.11. Mesmo que a impugnante seja reconhecida como contribuinte, sob qualquer hipótese poderia ser considerada como responsável tributária da exação ora hostilizada, nem mesmo solidariamente (art. 124, I, do CTN);

3.12. A taxa SELIC utilizada para a atualização monetária do débito não pode ser cumulada com qualquer outro índice de correção ou com juros moratórios, sob pena de restar configurado o excesso de exação a nulificar o lançamento ora hostilizado;

3.13. A multa aplicada no patamar descrito na notificação, fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;

3.14. Pelos motivos de direito e de fato expostos, requer a nulidade do auto de infração e imposição de multa nos termos da exposição e a produção de todas as provas em direito permitidas.

Após análise, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, emitiu o Acórdão nº 12-35.136 - 10ª Turma, fls. 246 a 252, julgando procedente a autuação e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/03/2004 a 31/12/2007 LANÇAMENTO.
VALIDADE.*

Não merece acolhida a alegação de nulidade do lançamento, haja vista que todos os relatórios foram entregues ao contribuinte, onde consta a indicação de onde os valores foram extraídos e os dispositivos legais que amparam o lançamento.

SERVIÇOS PRESTADOS POR COOPERADOS POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO.

E legítima a cobrança de contribuições destinadas à Seguridade Social, com base no art. 22, IV, da Lei 8.212/1991.

ACRÉSCIMOS LEGAIS.

São devidos os juros e a multa moratória sobre as contribuições arrecadadas em atraso, na forma dos art. 34 e 35 da Lei 8.212/1991, vigentes à época dos fatos geradores.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis e atos normativos é prerrogativa do Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pela Administração Pública.

PRODUÇÃO DE PROVAS. PRECLUSÃO.

O momento para a produção de provas, no processo administrativo, é juntamente com a impugnação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão Vistos, relatados e discutidos, os autos do processo em epígrafe, ACORDAM, por unanimidade de votos, os membros dessa Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro - I, em negar provimento à impugnação, mantendo o crédito tributário no valor de R\$ 209.410,77, acrescidos de juros e multa, a serem calculados no ato do pagamento.

INTIME-SE a interessada deste Acórdão, fornecendo-lhe cópia do mesmo, ressalvado o direito de interpor recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência.

À unidade competente, para dar ciência à interessada do inteiro teor deste acórdão e tomar as demais providências necessárias ao seu cumprimento.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 258 a 299, reiterando o aduzido em sede de Impugnação, em apertada síntese:

(i) Da impossibilidade da conformização do inciso IV do artigo 22 da Lei 8.212/91, com o artigo 195, I, "a", da Constituição Federal.

Que neste recurso administrativo não busca a declaração da inconstitucionalidade da Lei 9.876/1999, o que se pretende é que a autoridade administrativa não exija tributo inconstitucional, dentro da sua competência funcional, discricionariedade e livre convencimento, resguardando-se, assim, a segurança jurídica e a capacidade contributiva.

Recentemente, entretanto, como sobredito, a Lei nº 9.876, de 26.11.1999 (DOU de 29.11.1999), além de revogar expressamente a Lei Complementar nº 84/96, alterou o art. 22 da lei nº 8.212/91, criando uma nova contribuição social destinada ao custeio da Seguridade Social, agora, a cargo da empresa tomadora dos serviços das cooperativas de trabalho, a qual impõe a incidência de "quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperado por intermédio de cooperativas de trabalho".

Criou-se, assim, urna nova contribuição social, cuja sujeição ao pagamento que era da cooperativa, passou a ser da empresa tomadora de serviços e, concomitantemente, alterando a base de cálculo e o fato gerador, já que a incidência já não era mais sobre os valores creditados ou distribuídos aos cooperados, mas sim o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

(...)No entanto, a contribuição previdenciária prevista no inciso IV do artigo 22 da Lei 8.212/91 não se amolda, de forma alguma, à previsão do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal.

(...) A Recorrente, contratante de plano de saúde, não possui vínculo de qualquer natureza com os cooperados, mas sim, com a sociedade cooperativa, a qual compete a responsabilidade privativa e específica da contratação dos prestadores de serviços e colocados à sua disposição;

***(...) A nova exação previdenciária para custeio da Seguridade Social incorre em flagrante inconstitucionalidade,** eis que o art. 195, inc. I, da CF/88, com a nova redação dada pela EC nº 20 de 15.12.1998, não prevê contribuição a cargo da empresa incidente sobre o faturamento de prestação de serviços pelos médicos cooperados diretamente aos seus empregados.*

Ora, pela literalidade do inciso IV, do art. 22, da Lei 9.876/99 estabelecendo que a exação de "quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho", apesar de sua inegável inconstitucionalidade, está a referendar, por outro lado, a sua não aplicabilidade à Recorrente, já que, conforme alinhavado acima, referida incidência tributária, em tese, só se faria exigível se os serviços médicos lhes fossem prestados diretamente, o que evidentemente não é o caso ora tratado.

(ii) Da TAXA SELIC

Insista-se, a taxa SELIC utilizada para a atualização monetária do débito não pode ser cumulada com qualquer outro índice de correção ou com juros moratórios, sob pena de restar configurado o excesso de exação a nulificar o lançamento ora hostilizado.

(iii) Da multa de mora

A multa aplicada no patamar descrito na notificação, fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

*A Constituição Federal, em seu art. 150, IV, declara que é vedado a qualquer ente da Federação, sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, utilizar tributo com efeito de confisco. O mesmo raciocínio vale para as multas, já **que estas são mero desdobramento dos tributos.***

Processo nº 11444.000246/2009-25
Acórdão n.º **2403-001.661**

S2-C4T3
Fl. 308

(...) Assim, fica caracterizado o confisco pelo enriquecimento sem causa do Fisco, pela desproporcionalidade e irrazoabilidade dos valores estratosféricos que atingem a multa, e pela ofensa ao princípio de propriedade -garantido pela Constituição-, na medida em que, diante da incapacidade contributiva do contribuinte, o Fisco não somente poderá reduzir, mas poderá aniquilar, de forma violenta, o patrimônio dele de modo absolutamente ilegal.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 302.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 302.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(A) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

***Súmula CARFnº 2:** O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

(B) Da regularidade do lançamento.

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 258 a 299, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, Acórdão nº 12-35.136 - 10ª Turma, fls. 246 a 252, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP nº. 37.200.001-0, com ciência da Recorrente em 26.03.2009, conforme Aviso de Recebimento – AR n.º RO 713699072 BR às fls. 168, com valor consolidado de R\$ 351.516,30.

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 112 a 114, foi lançado pela fiscalização o Auto de Infração de **contribuições da empresa** arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre os valores das notas fiscais/faturas de serviços contratuais prestados ao sujeito passivo por cooperados, por intermédio de cooperativa de trabalho médico, no período de 03/2004 a 12/2007, conforme relacionados na planilha que segue em anexo ao presente.

Ou ainda, segundo o Relatório Fiscal, às fls. 112 a 114, os fatos geradores das contribuições da empresa, lançadas através desta autuação, a prestação de serviços por

cooperados, intermediados por cooperativa de trabalho UNIMED de Assis Cooperativa de Trabalho Médico, CNPJ 54.991.211/0001-62, à empresa contratante.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.200.001-0 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura do AIOP nº 37.200.001-0)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

f. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

g. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

h. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

i. TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal;

j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

k. TEPF - Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal;

lk. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“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.”

Analisando-se o AIOP nº 37.200.001-0, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavar de imediato a notificação fiscal de lançamento de

débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

DO MÉRITO.

(C) Das contribuições previdenciárias na prestação de serviços por intermédio de cooperativas de trabalho, nos termos do art. 22, IV, lei 8.212/1991

Analisemos.

Resumidamente, a Recorrente alega não há a responsabilidade da empresa relativas a serviços prestados à contratante, por cooperados e por intermédio de cooperativa de trabalho.

No entanto, o art. 22, IV, lei 8.212/1991 dispõe expressamente acerca da contribuição a cargo das empresas de 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:

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).

Ou seja, a Recorrente é a responsável pelo recolhimento da contribuição patronal dos segurados cooperados (contribuintes individuais), cuja remuneração é aferida sobre o valor da nota fiscal/fatura de prestação de serviços da cooperativa, no presente caso a cooperativa de trabalho UNIMED de Assis Cooperativa de Trabalho Médico, CNPJ 54.991.211/0001-62.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(i) Da impossibilidade da conformização do inciso IV do artigo 22 da Lei 8.212/91, com o artigo 195, I, "a", da Constituição Federal.

Analisemos.

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

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 19/12/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Não obstante as colocações feitas pela Recorrente, a argumentação central da Recorrente aponta a inconstitucionalidade do art. 22, IV, lei 8.212/1991 em face do art. 195, I, a, CRFB/1988.

Outrossim, já foi analisado no tópico (A) a questão da inconstitucionalidade.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(ii) Da TAXA SELIC

Analisemos.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

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. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: *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.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

(iii) Da multa de mora

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24.03.2001

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 19/12/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Analisemos.

Já foi analisado no tópico (A) a questão da inconstitucionalidade.

Outrossim, esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Processo nº 11444.000246/2009-25
Acórdão n.º **2403-001.661**

S2-C4T3
Fl. 312

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, rejeitar as **PRELIMINARES**, **NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro