



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.001196/2010-46
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-008.458 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de junho de 2020
Recorrente KOLINA ARARANGUAENSE VEÍCULOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2006, 2007, 2008

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. SERVIÇOS PRESTADOS POR COOPERADOS POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM REPERCUSSÃO GERAL. RICARF. OBRIGATORIEDADE DE REPRODUÇÃO.

O art. 22, inc. IV, da Lei n.º 8.212/91, que prevê a incidência de contribuição previdenciária nos serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho foi julgado inconstitucional, por unanimidade de votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 595.838/SP, com repercussão geral reconhecida.

Nos termos do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria/MF nº 343/2015, art. 62 §2º, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei 5.869/1973 ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105/2015, deverão ser reproduzidas no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Júnior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Por bem transcrever a situação fática discutida nos autos, integro ao presente o relatório elaborado pela 5ª turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG no Acórdão n. 09-38.023:

Trata-se de Auto de Infração para a cobrança de obrigação principal – AIOP lavrado sob DEBCAD nº 37.237.2953, consolidado em 16/04/2010, no valor de R\$ 42.202,56 (quarenta e dois mil e duzentos e dois reais e cinquenta e seis centavos), relativo ao período de 01/01/2005 a 30/12/2007, contendo a cobrança de contribuições previdenciárias patronais, destinadas ao custeio da Seguridade Social, no percentual de 15% (quinze por cento) incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura relativos a serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho incidente sobre os serviços prestados por cooperativa de trabalho prevista na Lei nº 8.212/1991, art. 22, inciso IV.

A ciência do sujeito passivo deu-se em 24/04/2010 mediante o recebimento por via postal, conforme Aviso de Recebimento – AR acostado às fls. 302 dos autos.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls.22/34 os fatos geradores foram apurados em razão dos serviços prestados à autuada pela UNIMED DE TUBARÃO, com base no CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE COLETIVO PLANO UNIFLEX ESTADUAL Nº 1349 e no CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL PLANO UNIFLEX NACIONAL Nº 4152 e identificados no levantamento 01 – Contribuição Previdenciária sobre Fatura Cooperativa de Trabalho.

Destaca a autoridade lançadora que analisando os contratos verificou que *“estes tiveram por características serem coletivos, para pagamento por valor predeterminado, com mensalidades fixadas por número de usuários cadastrados pelo sujeito passivo junto à cooperativa contratada, assegurando atendimento amplo em consultórios e em hospitais, inclusive com exames complementares, e que o valor real e total dos serviços prestados pelos cooperados desta ou pelas demais pessoas físicas ou jurídicas envolvidas nos sistemas de prestação de serviços contratados não foram discriminados nas faturas emitidas pela mesma em relação a estes ajustes, foi definido na ação fiscal como base de cálculo das contribuições previdenciárias a serem lançadas no Auto de Infração 30% do valor bruto cobrado a título de atos cooperativos nas faturas emitidas em decorrência dos mesmos, procedimento este realizado em obediência à regulamentação da matéria vigente no período em que ocorreu a emissão das referidas faturas, encontrada na Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003 (publicada no DOU de 24/12/2003), e na Instrução Normativa INSS/MPS/SRP nº 3, de 14/07/2005 (publicada no DOU de 15/07/2005)”*

No relatório fiscal foram arroladas as faturas utilizadas na apuração da base de cálculo. Tal apuração foi detalhada no demonstrativo DD DISCRIMINATIVO DE DÉBITO de fls. 5/10. Informa que *“das contribuições lançadas não foram abatidos os valores recolhidos nas guias GPS apresentadas pelo sujeito passivo referentes ao período fiscalizado, haja vista o esclarecimento dado pela autuada, de que tais recolhimentos se referiam a contribuições previdenciárias decorrentes de fatos geradores diversos dos que originaram o presente lançamento”*.

Sobre a multa aplicada, em todas as competências, esclarece o fisco que em razão das alterações efetivadas na legislação previdenciária pela MP 449/2008, incidiu sobre as contribuições lançada a multa de ofício de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, em substituição à multa de mora de 24% determinada no inciso II do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 e à penalidade estabelecida no parágrafo 5º do art. 32 da mesma Lei, retroagindo, no tempo, a vigência do art. 35ª da Lei nº 8.212/1991, porque tal

procedimento representa vantagem para o sujeito passivo nos termos do art.106, inciso II, alínea c, do CTN.

Informa, também, o fisco que formalizou representação fiscal para fins penais contendo exposição detalhada dos fatos verificados e cópia dos elementos de prova obtidos durante o desenvolvimento da ação fiscal, em face da configuração, em tese, do delito de sonegação de contribuição previdenciária, tipificado no inciso III do 337-A do Decreto-lei nº 2.848/1940, Código Penal, quando deixou de informar nas guias GFIP elaboradas e transmitidas em nome da pessoa jurídica fiscalizada os fatos geradores das contribuições previdenciárias exigidas no presente lançamento.

Cientificada do lançamento, a empresa ofereceu em 24/05/2010 a impugnação de fls. 303/310, onde apresentou as razões de defesa que se seguem.

Aduz que o presente Auto de Infração “*é nulo, vez que direciona a exação à impugnante de forma flagrantemente indevida. É que não ocorreu a materialização do fato gerador haja vista a inexistência de hipótese de incidência*”.

Diz que os valores creditados à cooperativa, embora seja prestadora de serviço, não podem ser alvo da contribuição previdenciária, porque ausente a hipótese de incidência para se tributar, por manifesta inocorrência de fato gerador e falta de permissivo constitucional para a imputação de contribuição previdenciária sobre a prestação de serviço de cooperativa à empresa. Deste modo, a Lei 8.212/1991 é inconstitucional ao dispor que a contribuição 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.

Reafirma que a cobrança da referida “contribuição social é indevida, a uma, por cobrar contribuição quando nem se verificou a hipótese de incidência, por ser inexistente; a duas, por ser exigida fora das permissões constitucionais (inconstitucionalidade material); a três, por confundir institutos de direito privado, fazendo analogia em desfavor do contribuinte; e, a quatro, por ser exigida via lei ordinária (inconstitucionalidade formal).

Quanto à multa de ofício diz ser inaplicável porque “não havendo motivo para a incidência das multas moratória e por descumprimento de obrigação acessória, não há multa a ser substituída pela exação prevista no art. 44, inciso I da lei 9430/96. Assim, uma vez comprovado que não cabe aplicação de multa por alegada omissão dos documentos ou mora, a aplicação de multa em caráter substitutivo àquela também é indevida. Desta forma, os valores cobrados a título de multa de ofício, enquanto substitutiva da indevida multa de mora e da penalidade por não apresentação de documentos, devem ser extirpados do presente Auto de Infração”.

Por fim, requer seja sobrestada qualquer iniciativa de se instaurar procedimento, seja administrativo, seja judicial, para averiguar possível ilícito penal pela ocorrência de sonegação fiscal, antes que seja devidamente apurado se efetivamente houve sonegação, que seja reconhecida ilegal a incidência de contribuições previdenciárias pretendidas pelo Fisco, razão pela qual o Auto de Infração impugnado deverá ser declarado nulo e protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos.

Registre-se, que em cumprimento da Portaria nº 2.924, de 14/06/2011, da Subsecretaria de Tributação e Contencioso – SUTRI, a competência para o julgamento deste processo foi transferida para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora.

É o relatório.

A Autoridade Julgadora, de ofício, reconheceu a decadência de parte do crédito tributário no período de 1/2005 a 3/2005, determinando sua exclusão do lançamento.

Na sequência, rechaça as arguições de nulidade do auto de infração e de inconstitucionalidade da contribuição de 15% devida pelas empresas tomadoras de serviços por meio de cooperativas, estabelecida no art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, tendo confirmado a materialidade da autuação a partir da subsunção dos fatos observados à norma tributável.

Em relação às multas cabíveis na lavratura do auto de infração, relacionadas à entrega da GFIP e ao lançamento de ofício, estas foram alteradas pelos arts. 32-A e 35-A da Lei nº 8.212/91, aplicando-se ao caso concreto em face ao princípio da retroatividade benigna do art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional (CTN).

O voto ainda tratou da Representação Fiscal para Fins Penais e do requerimento de produção de novas provas, concluindo pela improcedência da impugnação.

Ciência postal efetivada em 20/8/2012, conforme AR à fl. 352.

Recurso voluntário formalizado em 14/9/2012, às fls. 353 a 363.

Preliminarmente, o recorrente requer a declaração de nulidade do acórdão recorrido, por incompetência do órgão julgador, com o retorno dos autos para o regular processamento perante a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araranguá/SC.

Na sequência, apresenta o cenário jurídico relacionado à inconstitucionalidade do art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91 e postula pelo sobrestamento do julgamento até que sobrevenha o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI n. 2.594.

Termina inquirindo que a multa de ofício aplicada não é a mais benéfica ao contribuinte, devendo ser aplicada, apenas, a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91, não havendo nenhuma previsão de multa para a obrigação acessória.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

De posse da faculdade concedida no § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não analisarei a questão preliminar porquanto, no mérito, decido em favor do sujeito passivo.

A matéria diz respeito à incidência de contribuição previdenciária sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho, nos termos do art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99.

Referido dispositivo foi julgado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 595.838/SP. Confira-se:

Recurso extraordinário. Tributário. Contribuição Previdenciária. Artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Sujeição passiva. Empresas tomadoras de serviços. Prestação de serviços de cooperados por meio de cooperativas de Trabalho. Base de cálculo. Valor Bruto da nota fiscal ou fatura. Tributação do faturamento. Bis in idem. Nova fonte de custeio. Artigo 195, § 4º, CF.

1. O fato gerador que origina a obrigação de recolher a contribuição previdenciária, na forma do art. 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, não se origina nas remunerações pagas ou creditadas ao cooperado, mas na relação contratual estabelecida entre a pessoa jurídica da cooperativa e a do contratante de seus serviços.

2. A empresa tomadora dos serviços não opera como fonte somente para fins de retenção. A empresa ou entidade a ela equiparada é o próprio sujeito passivo da relação tributária, logo, típico “contribuinte” da contribuição.

3. Os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus cooperados, não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados.

4. O art. 22, IV da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99, ao instituir contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, extrapolou a norma do art. 195, inciso I, a, da Constituição, descaracterizando a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, tributando o faturamento da cooperativa, com evidente bis in idem. Representa, assim, nova fonte de custeio, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 154, I, da Constituição.

5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99

O STF, por intermédio do Plenário Virtual, também reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em 15/5/2009.

Em 25/02/2015, foi publicada a decisão definitiva do STF, proferida na sessão de 18/12/2014, no sentido de declarar inconstitucional a exação em questão, **sem modulação de seus efeitos**, nos seguintes termos:

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repristinatório. Infraconstitucional.

1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco.

2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos.

3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal.

4. É de índole infraconstitucional a controvérsia a respeito da legislação aplicável resultante do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

5. Embargos de declaração rejeitados.

No âmbito do legislativo, foi editada a Resolução Senado Federal nº 10/2016, para “suspender” a execução do dispositivo inconstitucional.

Em conformidade com o art. 62, § 2º do Regimento Interno do CARF (Ricarf), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, as decisões definitivas de mérito do STF e do STJ, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei 5.869/1973 ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105/2015 devem ser reproduzidas pelas Turmas do CARF.

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.

...

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

É este o caso dos autos e, reproduzindo a decisão da Suprema Corte, cumpre afastar a exigência diante da inconstitucionalidade do dispositivo legal que lhe dava fundamento.

Como não procede o lançamento de ofício (principal), tampouco também a multa de ofício exigida (acessório).

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em conhecer o recurso voluntário e dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem