



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

Processo n° 12269.003664/2009-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-004.175 – 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de março de 2015
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES
Recorrente MITRA - COOPERATIVA DE TRABALHO NA ÁREA DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

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

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. GFIP. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE TODOS OS FATOS GERADORES.

As multas em GFIP foram alteradas pela Medida Provisória n° 449 de 2008, convertida na Lei n° 11.941/2009, sendo benéfica para o infrator. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei n° 8.212/91.

Conforme previsto no art. 106 do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado.

Aplicação da Anistia instituída pela Lei 13.097/2015.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto vencedor redator designado Conselheiro Eduardo de Oliveira, para aplicar a anistia da Lei n. 13.097/2015. Vencidos os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima e Oseas Coimbra Junior.

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - PRESIDENTE DA TERCEIRA
 CÂMARA E DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO NA DATA DA
 FORMALIZAÇÃO.

Processo nº 12269.003664/2009-13
Acórdão n.º **2803-004.175**

S2-TE03
Fl. 1.024

Marcelo Oliveira - Redator ad hoc na data da formalização.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Ricardo Magaldi Messetti, Oseas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato.

Relatório

Conselheira Andrea Brose Adolfo - Relatora designada ad hoc na data da formalização.

Para registro e esclarecimento, pelo fato do conselheiro responsável pelo relatório ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designada AD HOC para fazê-lo.

Esclareço que aqui reproduzo o relato deixado pelo conselheiro nos sistemas internos do CARF, com as quais não necessariamente concordo.

Feito o registro.

DO LANÇAMENTO

Trata-se de Auto de Infração nº37.200.473-3/2009 lavrado contra o contribuinte acima mencionado, período 01/2006 a 12/2006, código de fundamentação legal 68, cujos motivos constam do Relatório Fiscal de folha 2, e são:

O sujeito passivo, enviou os arquivos da GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, sem o total da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados empregados e contribuintes individuais, no período de 01 a 12/2006.

2) Integram este AI, além dos relatórios e documentos discriminados na folha de rosto, o TIPF - Termo de Início de Procedimentos Fiscal. TIF - Termo de Intimação Fiscal de nºs 1 a 6, TEPF — Termo de Encerramento de Ação Fiscal, Planilha Totalizadora da Folha de Pagamento, Planilha do Comparativo das Multas Aplicadas, e os seguintes elementos do Anexo I do DEBCAD 37.200.466-0 COMPROT12269.003663/2009-61, a seguir relacionados:

(...)

Os fundamentos legais da obrigação acessória encontram-se na folha de rosto da autuação.

Em razão da infração cometida foi aplicada uma multa, nos termos (folha 1) do art. 32, §5º da Lei 8.212/1991, acrescentado pela Lei 9.528/1997, c/c art. 284, II, e art. 373 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, na redação do Decreto 4.729/2003, atualizada pela Portaria Interministerial MPS/MF 48/2009, no valor de R\$50.978,40, conforme descrito no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, à folha 3, e anexos. É informado também que na comparação com

a multa prevista na MP 449/2008, os valores mais benéficos foram os da multa prevista na época dos fatos geradores.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal, apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal julgou procedente o lançamento fiscal.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão, inconformado interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

- da análise do Estatuto Social da Cooperativa em questão, tem-se que a mesma atende todos os requisitos estabelecidos em lei. Como:

a) adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços, conforme art. 4º e 6º do estatuto;

b) variabilidade do capital social representado por quotas-partes, art. 18;

c) limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais, art. 19;

d) inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade, art. 18;

e) Singularidade de voto, art. 34;

f) quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital, arts. 28 e 32;

g) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral, art. 61;

h) indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social, art. 57;

i) neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social, art. 3º;

j) prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa, art. 3º;

l) área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços, art. 4º.

- a cooperativa em questão detém todas as características estabelecidas na lei de regência não havendo como questionar sua legitimidade. O art. 1094 do Código Civil traz os

mesmos requisitos do art. 4º da Lei específica 5.764/70. Assim, não há que se falar em irregularidades da autuada nem em desclassificação da mesma;

- ao desclassificar a cooperativa com base em fatos estranhos à realidade da mesma, e estando a cooperativa em pleno acordo com o que dispõe a legislação, a fiscalização viola o princípio da legalidade, pois desclassifica o contribuinte com fundamentos diversos dos legalmente franqueados;

- a ausência de indicação correta do artigo (art. 32 do CTN) no qual o fisco consubstancia sua autuação prejudica a correta compreensão da infração cometida, afrontando o direito de defesa do contribuinte. Assim, tem-se a irregularidade formal do lançamento fiscal impondo sua anulação;

- No caso em comento a cooperativa recorrente (supostamente sucessora) foi autuada por supostos débitos incorridos nas competências de 2006. A sua vez, a empresa Mitra - Assessoria Integrada em Recursos Humanos Ltda (supostamente sucedida), teve suas atividades encerradas em 2005 consoante distrato em anexo, tendo sua baixa formalizada perante os órgão competentes em 2008. Logo, tendo-se que o encerramento das atividades da suposta empresa sucedida deu-se anteriormente aos fatos geradores aqui perseguidos, tem-se como inócua a sucessão pretendida, posto que ausente o requisito basilar para a sucessão, qual seja a existência de débitos tributários pela sucedida;

- a sucessão tributária prescinde de extinção da empresa sucedida anteriormente ao fato ensejador da própria sucessão. A empresa Mitra - Assessoria Integrada em Recursos Humanos Ltda (supostamente sucedida) manteve suas atividades comerciais concomitantemente àquelas desempenhadas por Mitra Cooperativa de Trabalho na Área da Saúde e Assistência Social conforme documentos em anexo. Logo, mais uma vez evidenciada a inaplicabilidade da sucessão tributária no caso vertente, dada a ausência dos pressupostos legais para tanto;

- não há como caracterizar a sucessão no caso em tela. Da comparação atenta entre os objetos sociais da empresa Mitra - Assessoria Integrada em Recursos Humanos Ltda (prestar serviços de recursos humanos) e da cooperativa Mitra Cooperativa de Trabalho na Área da Saúde e Assistência Social (prestar serviços de saúde e assistência social) temos que os mesmos em nada se correspondem;

- a tese da fiscalização de que a prestação de serviços de ambas as empresas se davam para os mesmos tomadores não subsiste. Enquanto a empresa Mitra – Assessoria Integrada em Recursos Humanos Ltda tinha como principal tomador de serviços a empresa AMA- Assistência Médica Administrada , a cooperativa Mitra Cooperativa de Trabalho na Área da Saúde e Assistência Social possui pluralidade de tomadores;

- as contratações efetuadas pela cooperativa se prestam à alocação dos serviços de seus cooperativados, e tendo em vista que seu objeto social pressupõe a organização do trabalho individual dos cooperados, resta evidente que a prestação de serviço para os associados ocorre com as contratações efetuadas pela cooperativa junto aos seus tomadores. Logo, a afirmação da fiscalização de ausência de prestação de serviço para os associados está desassociada da realidade;

- quer por chancela legal, quer por previsão expressa estatutária, o livro de matrícula pode ser substituído por fichas numeradas e catalogadas em ordem cronológica de

admissão. Desta feita, como bem se comprovam os documentos acostados, a recorrente possui as fichas individuais de matrícula em plena ordem e guarda, em consonância com o que dispõe a lei de regência e o estatuto da recorrente. Os documentos foram entregues à fiscalização, não havendo que se falar em ausência de apresentação;

- De um universo de aproximadamente 115 (cento e quinze) notas fiscais válidas emitidas no ano de 2006, somente 18 (dezoito) tem como tomador de serviços a AMA Assistência Médica Administrada, representando aproximadamente 28% da receita auferida pela cooperativa. Não há que se falar assim, que a AMA Assistência Médica Administrada figura como principal tomadora do serviço da cooperativa, posto que nem em quantidade de demanda, nem em quantidade de faturamento a contratação da respectiva empresa pode ser considerada como principal;

- Consoante relatórios de produção em anexo, vislumbra-se claramente que os cooperados prestam serviço junto às tomadoras em caráter não habitual e, jamais, diário. Exemplifica o caso com as empresas Portodonto e JOSAPAR. Com carga horária amplamente variável resta evidente que os mesmos os profissionais jamais poderiam ser considerados como prestadores de serviço diário ao referido tomador;

- inexistindo vedação legal, temos que a prestação dos serviços dos cooperados no local estabelecido pela tomadora ou em suas unidades, em nada descaracteriza a natureza da contratação havida entre as partes, tampouco a legalidade e legitimidade da recorrente;

- quanto a existência de sentença trabalhista advinda da 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre a qual reconheceu a existência de vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa, Conforme documentos colacionados, as partes transacionaram no processo de referência o qual se deu sem o reconhecimento de vínculo empregatício, da mesma forma que os valores alcançados ao reclamante ocorreram com cunho meramente indenizatório, constituindo-se em devolução da quota parte do reclamante devidamente corrigido. Dito acordo foi homologado pelo juízo competente fazendo lei entre as partes;

- não tendo havido no período em comento qualquer eliminação/exclusão de associado, não há que se falar em deliberação do Conselho de Administração acerca dos desligamentos, posto que, por decorrência constitucional, este não prescinde de autorização para ser executado. Outrossim, em que pese o controle de admissão/desligamento poder ser realizado pelas fichas de matrículas dos associados, tem-se que por controle específico dita informação também poderia ser facilmente aferida;

- Consoante documentos acostados, claro se mostra a existência física do mesmo, encontrando-se este em pleno acordo com a legislação, sendo descabida a irregularidade apontada pela fiscalização;

- Dispõe a Lei 5.164/71, corroborado pelo estatuto da entidade, que sobre o resultado líquido do período constituir-se-ão os fundos de reserva e de assistência técnica, educacional e social (FATES), na proporção de 10% e 5%, respectivamente. Consoante Ata do Conselho Fiscal o balancete do ano de 2006 restou aprovado, constituindo-se os fundos em comento nos moldes definidos pela lei e reiterados pelo estatuto da entidade. Da mesma forma, em Assembléia Geral ocorrida em março de 2007, o referido balancete restou aprovado pelos membros da cooperativa, determinando-se o destino das sobras apuradas.

- há que se ter presente que a legislação de regência não veda que os cooperados deliberam acerca da destinação diversa do que o rateio das sobras. Hígido se mostra o procedimento adotado pela cooperativa, inclusive no que concerne a existência e correção dos valores dos fundos legalmente previstos;

- a cooperativa recorrente encontra-se validamente constituída não havendo qualquer incorreção ou ilegalidade em suas atividades que ensejassem sua descaracterização como cooperativa e conseqüente enquadramento como empresa;

- todas as informações e recolhimentos efetuados pela recorrente encontra-se em consonância com seu tipo empresarial, não havendo que se falar em ausência de recolhimento ou incorreção de informação. Sendo cooperativa legitimamente constituída e legalmente operante tendo prestado e recolhido todas as informações previdenciárias correta e tempestivamente, a anulação do auto de infração é devida;

- requer, ainda, a compensação dos valores já recolhidos.

Os autos foram convertido em diligência fiscal pela Resolução nº 2803000.135 – 3ª Turma Especial, em 19/12/2012, para análise dos argumentos e documentos apresentados no recurso do contribuinte.

DA INFORMAÇÃO DA DILIGÊNCIA FISCAL

Em resposta, a diligência fiscal, fls. 984/985, informou que:

- os documentos apresentados nos autos são os mesmos já analisados no processo: 12269.003663/2009-61;

- a verdadeira atividade, a de intermediar mão-de-obra, em desacordo com a essência do cooperativismo, está caracterizada no entendimento da fiscalização:

a) mesma atividade da Mitra Assessoria e da Mitra Cooperativa. Embora formalmente os objetos sociais sejam diversos, na prática houve a continuidade das atividades, intermediando mão-de-obra, inclusive ao mesmo tomador de serviços, AMA-Assistência Médica Administrada;

b) não prestação de serviços ao associados e sim intermediação de mão-de-obra. A Ata da Assembléia Geral Ordinária de 06/01/2005, fl 88, assunto 02. Assevera que fica claro que há a comercialização do trabalho e desvio da essência da cooperativa, há a busca de profissionais para atendimento do contrato e que, na sequência terão como condição para a realização do trabalho, o preenchimento de ficha de matrícula de associado;

c) analisados os documentos apresentados pelo recorrente, pode-se ver que não estão em conformidade com a Lei 5.764/71 (art. 23) e Estatuto da cooperativa (art. 12). Não há registro de conta corrente das respectivas quotas-partes do capital social, por exemplo. Nas Atas do Conselho Administrativo que delibera sobre novos associados, em momento algum é tratado da integralização das quotas, o que deveria acontecer na forma da Lei 5.764/71 e do art. 5º do Estatuto da Cooperativa. No Balanço Patrimonial de 2006, folhas 723 e 724, se verifica que o Capital Social é de R\$ 310,00, desde a constituição da Cooperativa, e não houve integralização e nem mesmo subscrição de quotas-partes. Assim, a análise das Fichas de

Matrículas corroboram o entendimento de que os profissionais não eram cooperados e sim prestadores de serviço;

d) da não identificação do Registro Contábil dos Fundos: - os documentos apresentados, folhas 723 e 724, contém o indicativo de existência de registros contábeis dos Fundos de Reserva. Considerando que o valor das "Sobras Apuradas", contido nesse documento, equivale ao valor mencionado na ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, de 16/03/2007, folhas 720 a 722, que trata da distribuição das sobras no valor de R\$ 6.234,94, crê-se que se tratar de valores contidos nas demonstrações da Cooperativa, embora a cópia anexada não tenha sido extraída do Livro Diário e nem tenha sido apresentados os lançamentos efetuados no Livro citado, que deram origem aos saldos;

e) da análise dos contratos de prestação de serviços e notas fiscais, a fiscalização concluiu que, embora a emissão de notas fiscais contra a AMA Ass. Médica não atinge valores que expressam a maior parte do faturamento mensal, também é possível verificar que a maior parte dos contratos são assinados por Marcos Lucchese Sporleder e Fernando Cabelera Sporleder. Assim como, o local para envio das faturas é o endereço da AMA, Rua Gomes Jardim nº 472;

f) no livro de Atas do Conselho Administrativo não restou comprovado o número total de associados e desligamentos ocorridos no período;

g) se verifica, nas atas apresentadas, folhas 94 a 110, por exemplo: - fornecimento de ticket alimentação de acordo com o número de lojas atendidas; - verba e telefone para coordenador da área médica Daniel Manart. A análise das atas deixa claro que o Conselho Fiscal não tem fiscalização assídua, não há, a renovação de 2/3 dos membros, se reúne em período de tempo diverso do estabelecido, sem a participação de pelo menos 3 membros, o que reforça o entendimento de que a atividade exercida não é feita dentro do espírito da lei do cooperativismo;

h) não há nada de esporádico na necessidade dos serviços pelas empresas Tomadoras. Trata-se de necessidade permanente, cuja execução está sendo suprida através da terceirização dos mesmos. Os contratos sempre são acompanhados de anexo que define qual o profissional que vai realizar a prestação de serviços. Na ata de reunião do Conselho Fiscal, de 26/09/2005 (fl. 101) fica definido o fornecimento de cartão alimentação aos Assistentes Sociais, de acordo com o número de lojas que cada profissional atende, o que demonstra que se trata de serviço permanente a ser realizado. A documentação do contribuinte não modifica o entendimento da fiscalização;

i) quanto ao processo 00353-2008-020-04-00-8 da 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, do reclamante Mauro Azambuja de Souza, não modifica os fatos. O acórdão só foi citado para demonstrar como se posicionou o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região frente a realidade fática de intermediação da mão de obra feita pela Mitra Cooperativa;

j) a possibilidade de aproveitamento das guias GPS será tratada no atendimento da diligência do processo 12269.003665-2009-50, DEBCAD 37.200.465-2, que trata da contribuição referente a parcela dos segurados;

l).a utilização dos valores recolhidos pela recorrente foi registrada no processo: 12269.003665/2009-50 e não altera os valores que serviram de base para o cálculo do Auto de Infração de CFL 68 em epígrafe, considerando que o crédito se refere a

descumprimento de obrigação acessória e que somente os valores não declarados em GFIP é que foram objeto da autuação fiscal.

Por fim, a fiscalização mantém o lançamento fiscal.

DA CONTESTAÇÃO À ANÁLISE DOS DOCUMENTOS E RESULTADO DILIGÊNCIA FISCAL

A recorrente apresenta os mesmos argumentos e documentos já analisados no processo: 12269.003663/2009-61, mencionando:

a) a cooperativa recorrente (supostamente sucessora) foi autuada por supostos débitos incorridos nas competências de 2006. A sua vez, a empresa Mitra - Assessoria Integrada em Recursos Humanos Ltda (supostamente sucedida), teve suas atividades encerradas em 2005 consoante distrato, tendo sua baixa formalizada perante os órgãos competentes em 2008. Logo, tem-se inócua a sucessão pretendida, posto que ausente o requisito basilar para a sucessão, qual seja a existência de débitos tributários pela sucedida, consoante art. 132 do CTN. A mera existência de tomadores comuns à cooperativa e à empresa por si só não pode ser fator determinante para o reconhecimento de sucessão. Ainda assim, calha sublinhar que a pluralidade de tomadores da recorrente restou devidamente comprovada, afastando por completo a Ilação feita pela fiscalização de que a empresa e a cooperativa mantinham exclusividade de contratação com a AMA-Assistência Médica Administrada, a cooperativa Mitra Cooperativa de Trabalho na Área da Saúde e Assistência Social;

b) a chamada "busca de outros profissionais" referida consiste, unicamente, na habilitação junto à cooperativa de novos cooperados que constam no cadastro de aspirantes (Doc.02);

c) as fichas de matrícula não apresentam qualquer irregularidade frente à lei 5.764/71, ao passo que a integralização das quotas-partes está adequadamente formalizada junto à recorrente, como bem atesta o extrato de integralização de capital em anexo (doc.03) – a partir de 02/2008. Apenas Adriane Rodrigues 01/02/2005, Adriane Parker 14/11/2003, Cíntia Mendes 01/03/2005, Elisa Szameltat 05/09/2005, ...);

d) como bem reconhecido pela fiscalização há a correta contabilização dos fundos da entidade, não havendo que se falar, portanto, em desatenção aos preceitos legais;

e) Evidente se mostra que, na condição de administradora, a empresa AMA - Assistência Médica Administrada Ltda gere os recursos atinentes aos pagamentos dos prestadores de serviço o que, por si só, justifica o envio das faturas de serviço da recorrente para o endereço da AMA. Ademais, na condição de administradora, a empresa AMA, através de seus representantes, detém o poder de firmar os contratos de prestação de serviço em nome de suas tomadoras. Evidente, portanto, que a administração realizada pela AMA não possui o condão de afastar a real contratação havida entre a recorrente e suas tomadoras, tampouco pode se prestar a desqualificar a recorrente como cooperativa;

f) há a correta apresentação das fichas de matrícula onde constam os desligamentos junto à cooperativa no período, não havendo que se falar, portanto, em desatenção aos preceitos legais;

g) no que tange à apresentação atas do Conselho Fiscal, temos que a autuação em comento referiu à ausência de tal livro. Desta forma, a avaliação da fiscalização quanto à suposta irregularidade das atas e da composição do Conselho Fiscal desborda os limites legais da autuação importando em novação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Ainda que o Estatuto da entidade preveja uma renovação de 2/3 do Conselho Fiscal, temos que esta disposição refere-se a uma liberalidade da entidade, não correspondendo à imposição legal. Desta maneira, impossibilitada a renovação do Conselho Fiscal pela ausência de chapa contrária àquela que exerce o mandato, temos que a manutenção dos conselheiros é medida impositiva sob pena de inviabilizar as atividades da cooperativa.

h) ao contrário do que faz crer a fiscalização a prestação de serviços realizada pelos cooperados se faz em caráter eventual e jamais habitual, fato este provado através dos relatórios de produção outrora anexados;

i) o acórdão de trabalhista não caracteriza a existência de vínculo empregatício entre o cooperativado e a recorrente. Desta maneira, dada a homologação de acordo sem que houvesse o reconhecimento de vínculo não há que se falar em apropriação das razões do acórdão para conduzir ao entendimento de que a relação é de trabalho e não de cooperativismo;

j) há a correta distribuição das sobras, não havendo que se falar, portanto, em desatenção aos preceitos legais;

Por fim, requer a anulação do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Andrea Brose Adolfo - Relatora *ad hoc* na data da formalização.

Para registro e esclarecimento, pelo fato do conselheiro responsável pelo voto ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designada AD HOC para fazê-lo.

Esclareço que aqui reproduzo - integralmente - as razões de decidir do então conselheiro, constantes dos arquivos do CARF, com as quais não necessariamente concordo.

Feito o registro.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual será analisado.

MESMO RECURSO APRESENTADO PARA OS PROCESSOS: 12269.003663/2009-61, 12269.003664/2009-13 e 12269.003665/2009-50.

A análise dos julgamentos será em conjunto e terá como referência o processo: 12269.003663/2009-61.

A decisão recorrida, fls. 240/250 dos autos digitalizados, assim se pronunciou:

(...)

O estatuto da cooperativa prevê a manutenção de um livro de matrículas, que o impugnante alega ter juntado em sua peça. As folhas 111 a 118, de fato, há uma relação de inclusões e desligamentos de associados, constando profissões, registros profissionais e matrículas. Queremos crer que tais elementos supririam a falta alegada. Mas não se pode olvidar que o art. 23 da Lei 5.764/1971 determina que nele devem constar nome, idade, estado civil, nacionalidade, profissão, residência do associado; data de sua admissão e de sua demissão, eliminação ou exclusão; conta corrente das respectivas quotas-partes do capital social. Mesmo que adotados livros de folhas soltas ou fichas, conforme permissivo no parágrafo único do art. 22 da citada Lei, tais informações deveriam constar desse livro ou dessas fichas, o que não foi observado.

O registro contábil dos fundos não pôde ser visualizado da inspeção das cópias do Diário acostadas às folhas 64 a 70. Tampouco podemos crer que o documento nominado de balanço, de folhas 119 e 120, possa ser apto a esclarecer a ausência de tais registros. Trata-se de documento sem nenhuma autenticação ou identificação da pessoa que o confeccionou, não havendo

qualquer identificação de onde vieram os saldos das contas dos respectivos fundos.

(...)

Quando à questão no número total de associados e desligamentos no livro de Atas do Conselho Administrativo, trata-se de informação que deveria estar contida no livro de matrículas, mas não observadas nos documentos juntados aos autos, conforme análise já expendida. O Conselho de Administração é órgão superior na hierarquia administrativa da impugnante (art. 39 do seu estatuto, folha 30 do anexo I) e suas reuniões deveriam ser documentadas. O art. 47 de seu estatuto determina também que é da competência desse conselho deliberar sobre admissão, demissão e eliminação de associados. Assim, as informações que deveriam constar no livro de matrículas poderiam também ser encontradas nas atas do Conselho de Administração. Isso, no entanto, não consta dos autos.

(...)

No que diz respeito à reclamatória trabalhista (00353-2008-020-04-00-8.20ª Vara de Porto Alegre, 4ª Região), a leitura do acórdão do recurso interposto vai ao encontro do raciocínio da auditoria-fiscal, a despeito do esforço da impugnante de minorá-la:

(...)

A distribuição das sobras, entendemos, necessita que estas existam, da mesma maneira que o repasse dos prejuízos. O impugnante alega que tais sobras não existiram por conta de terem sido contingenciadas em 2005, sem, no entanto, explicar seus valores em 2006, exercício do lançamento. Também não indicou ou provou que a cooperativa, em assembléia geral, tivesse destinado tais sobras, nesse último exercício, a alguma outra função.

É fato de que o lançamento fiscal deve se sustentar pelas provas e indícios que a auditoria-fiscal apura no seu mister. E face aos elementos contidos nos autos, a conclusão que se chega é de que este encontra-se escorado em fatos e fundamentos em que se infere elementos suficientes para atestar-se a ocorrência dos fatos geradores citados.

Por último, no que diz respeito aos recolhimentos pelo sujeito passivo empreendidos (código de recolhimento 2127 - Cooperativa de trabalho - CNPJ - Contribuição descontada do cooperado - Lei 10.666/2003), verifica-se que trata-se de recolhimento que não se coaduna com o FPAS utilizado no lançamento, código 515. Poder-se-ia conjecturar que a apropriação desses pagamentos devia se dar de maneira ex officio, dadas as circunstâncias citadas no Relatório Fiscal, no entanto, analisando as GFIP entregues no período lançado pelo impugnante, constata-se que estas também o foram no código FPAS 515. Dessa maneira, tem-se que os recolhimentos foram

incompatíveis com a declaração apresentada desde o início. Não obstante, de nossa análise nos autos do processo 12269.003665/2009-50, concluímos por seus aproveitamentos lá, em levantamento específico, não havendo, por esta análise, como aproveitá-los no presente lançamento.

Nesse sentido, votamos pela improcedência da impugnação.

Após análise do Relatório Fiscal, fls. 36/40 dos autos digitalizados, da nova diligência fiscal e pronunciamento sobre os documentos apresentados e as contrarrazões do contribuinte, quanto à alegação de intermediação de mão de obra, em desacordo com o ato do cooperativismo, alegado pela fiscalização, tem-se:

a) A contribuinte (empresa MITRA Cooperativa) é sucessora da empresa sucedida MITRA - Assessoria, encerrada em 31/01/2005, e exerciam a mesma atividade de prestação de serviços aos mesmos tomadores, sendo todos os sócios da sucedida fundadores da MITRA Cooperativa, exceto Mara Rosane Gallina. Desse modo, entende-se plenamente aplicável o § único do art. 132 do CTN, quando há a extinção da pessoa jurídica e a exploração da atividade seja continuada por outra, sob a mesma ou outra razão social, e representada por qualquer sócio remanescente, sendo responsável pelos tributos devidos até à data do ato.

A recorrente assevera que a MITRA - Assessoria teve suas atividades encerradas em 2005 com baixa formalizada nos órgãos competentes em 2008. Tem-se inócua a sucessão pretendida por falta de requisitos, qual seja a existência de débitos tributários, consoante art. 132 do CTN. A mera existência de tomadores comuns à cooperativa e à empresa sucedida não pode ser fator determinante para o reconhecimento de sucessão. A pluralidade de tomadores da recorrente restou devidamente comprovada, afastando a ilação de que mantinham exclusividade de contratação com a AMA-Assistência Médica Administrada.

Diante dos fatos constantes dos autos, não resta dúvida de que a Mitra Assessoria e a Mitra Cooperativa exerciam as mesmas atividades e que houve a continuidade das atividades para os mesmos tomadores, embora por intermédio de cooperativa. Resta saber se a intermediação de mão de obra foi em desacordo com as regras do cooperativismo.

b) A fiscalização alega que não foi comprovada a prestação de nenhum tipo de serviço para os associados da cooperativa, mas a intermediação do trabalho realizado. Há a comercialização do trabalho e desvio da essência da cooperativa, pois há a busca de profissionais para atendimento do contrato e que na sequência terão como condição para a realização do trabalho o preenchimento de ficha de matrícula de associado. A Ata da Assembléia Geral Ordinária de 06/01/2005, fl 88, assunto 02, assim dispõe:

Passado assim para o assunto 02 a Sra. Ana comunica a celebração do contrato de Prestação de serviço social com a Empresa SONAE distribuição Brasil a partir do dia 10 de dezembro de 2004 para atender a todas as unidades da empresa no RS, PR, SC e SP. Informa ainda que foi necessária a busca de outras profissionais de serviço social para atender algumas localidades que ainda não haviam cooperados.

A recorrente menciona que a chamada "busca de outros profissionais" consiste na habilitação junto à cooperativa de novos cooperados que constam no cadastro de aspirantes (doc.02);

A cópia da relação de Aspirantes selecionados (doc. 02, fls. 1411) não apresenta a data de sua confecção. Dos dados apresentados não é possível conclusões, apenas constam o nome, idade, fone, central e profissão. Os documentos apresentados devem ser contemporâneos ao período fiscalizado e devem demonstrar de maneira clara o alegado pela recorrente.

c) Da não apresentação do Livro de Matrícula: - o fisco afirma que os documentos apresentados não estão em conformidade com a Lei 5.764/71 (art. 23) e Estatuto da cooperativa (art. 12). Não há registro de conta corrente das respectivas quotas-partes do capital social. Nas Atas do Conselho Administrativo que delibera sobre novos associados, em momento algum é tratado da integralização das quotas (art. 5º do Estatuto da Cooperativa). No Balanço Patrimonial de 2006, folhas 723/724, se verifica que o Capital Social é de R\$ 310, 00, desde a constituição da Cooperativa, e não houve integralização e nem mesmo subscrição de quotas-partes. Assim, a análise das Fichas de Matrículas corrobora o entendimento de que os profissionais não eram cooperados e sim prestadores de serviço.

Diz o art.12 do Estatuto da Cooperativa:

Art. 5º - Após aprovada a proposta, deverá o candidato subscrever as quotas-partes do capital, nos termos deste Estatuto, e assinar o livro de matrícula juntamente com o Presidente da Sociedade, sendo-lhe entregue cópia do Estatuto Social, cópia da Ata do Conselho de Administração que aprovou o seu ingresso na Sociedade e cópia da ficha de matrícula;

Parágrafo Único - O associado adquire todos os direitos e assume todos os deveres e obrigações da Lei, deste Estatuto e das deliberações da Sociedade.

(...)

Art. 12 - Os associados serão inscritos em livros ou fichas individuais de matrícula, numeradas em ordem cronológica de admissão, constando:

a) Nome, idade, estado civil; nacionalidade, profissão, número da Carteira de identidade (RG) e do Cadastro Nacional de Pessoa Física (CPF/MF) e endereço residencial do associado.

b) Data de admissão, e, quando for o caso, data de demissão a pedido, eliminação ou exclusão.

c) Conta corrente das quotas-partes de capital do associado.

d) Assinatura do associado e do Presidente.

E o art. 23 da Lei 5.764, de 16/12/1971:

Art. 23 No livro de Matrícula, os associados serão inscritos por ordem cronológica de admissão, dele constando:

I- o nome, idade, estado civil, nacionalidade, profissão e residência do associado;

II- a data de sua admissão e, quando for o caso, de sua demissão a pedido, eliminação ou exclusão;

III- a conta corrente das respectivas quotas-partes do capital social.

A recorrente informa que as fichas de matrícula não apresentam qualquer irregularidade frente à lei 5.764/71, ao passo que a integralização das quotas-partes está adequadamente formalizada, como bem atesta o extrato de integralização de capital em anexo (doc.03).

Da análise das filhas de matrículas (doc. 03, fls. 1413/1425), para o período do lançamento fiscal 01/2006 a 12/2006, não é possível firmar conclusão sobre a integralização do capital subscrito para os cooperados que ingressaram na cooperativa até a data do lançamento fiscal. Para os cooperados com ingresso até 2006 tem-se o status do registro: “Cap. Cancelado”, “devolvido” ou apenas com “subscrição” sem integralização. As exceções, onde consta subscrição integralizada no valor de R\$10,00 (dez reais) para alguns cooperados são: Adriane Vasconcelos Parker em 14/11/2003, Cíntia Cardoso Mendes em 01/03/2005, Elisa Salto Szameltat em 1/10/2005, Eloísa Ely Frato em 1/04/2006, Estela Simone Rapahel Dalbem em 1/11/2005, Giovanna Rispoli em 1/01/2006, Luciani dos santos Fonseca em 1/01/2005, Maria de Lourdes Silva Francisco em 1/06/2005.

d) Quanto a não identificação do Registro Contábil dos Fundos, não foi possível identificar com clareza o valor das "Sobras Apuradas" do Fundo de Reserva, mencionado na ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, de 16/03/2007, folhas 720/722, que trata da distribuição das sobras no valor de R\$ 6.234,94. A cópia anexada não demonstra ser extraída do Livro Diário e não foram apresentados os lançamentos efetuados no Livro Diário que deram origem aos saldos.

Destarte, a fiscalização não reconheceu em definitivo que há a correta contabilização dos fundos da entidade, como quer a recorrente. Os documentos apresentados não foram suficientes para a constatação que de os atos contabilizados pela cooperativa seguem os preceitos legais, como alega a recorrente.

e) Principal tomador de serviço da cooperativa é a empresa AMA – Ass. Médica, que até 30/03/2006 estava localizada no mesmo endereço da MITRA Cooperativa e prestadora MITRA Assessoria Ltda: - em relação à análise dos contratos de prestação de serviços e notas fiscais, a fiscalização concluiu que a emissão de notas fiscais contra a empresa AMA - Ass. Médica não atinge valores que expressam a maior parte do faturamento mensal, entretanto, verificou que a maior parte dos contratos com os tomadores de serviços são assinados pelas mesmas pessoas: Marcos Lucchese Sporleder e Fernando Cabelera Sporleder, inclusive contrato com o tomador de serviço: Unidade de Saúde Central Ltda, em 01/02/2003, data anterior à constituição da Cooperativa, assim como, o local para envio das faturas é o endereço da AMA, Rua Gomes Jardim nº 472. Atenta para o desligamento de Frederico Fuhrmeister, fls. 395, mencionando que não há mais interesse em atender na Unidade de Saúde Central e em outros ambulatórios administrados pela AMA.

A recorrente menciona que a empresa AMA – Ass. Médica na condição de administradora gere os recursos atinentes aos pagamentos dos prestadores de serviço o que justifica o envio das faturas de serviço da recorrente para o endereço da AMA. Ademais, a empresa AMA, através de seus representantes, detém o poder de firmar os contratos de prestação de serviço em nome de suas tomadoras. A administração realizada pela AMA não possui o condão de afastar a real contratação havida entre a cooperativa recorrente e suas tomadoras, tampouco pode se prestar a desqualificar a recorrente como cooperativa.

Das informações constantes da fiscalização e do recurso do contribuinte tem-se que a AMA – Ass. Médica é uma empresa que administra o pagamento dos prestadores de serviços onde se inclui o MITRA Cooperativa. Até 30/06/2006 estava localizada no mesmo endereço a AMA – Ass. Médica, a MITRA Cooperativa e a MITRA assessoria Ltda. A maior parte dos contratos prestação de serviço são assinados pelas mesmas pessoas: Marcos Lucchese Sporleder e Fernando Cabelera Sporleder.

Assim, tem-se que a AMA é tomadora dos serviços da cooperativa MITRA (fl. 1390) e administradora/gestora dos pagamentos dos contratos dos prestadores (inclusive a cooperativa MITRA) e firma contrato em nome dos tomadores.

Tomador de Serviço: Ama - Assistência Médica Administrada Ltda

Representada por barcos Lucchese Sporleder

Contrato assinado por Fernando Cabelera Sporleder, em 01/01/2005

Aditivos assinados por Marcos Lucchese Sporleder e Fernando Cabelera Lucchese

Local para envio de faturas: Rua Gomes Jardim nº 472, endereço da AMA

f) Quanto ao livro de Atas do Conselho Administrativo, a fiscalização informou que não restou comprovado o número total de associados e desligamentos ocorridos no período. Informa que foram apresentadas as Atas do Conselho Administrativo onde é tratado o ingresso, desligamento e fichas de matrículas.

Assim sendo, a recorrente cumpriu o exigido pelos preceitos legais nessa obrigação.

g) A fiscalização informa que o livro de Atas do Conselho Fiscal foi apresentado somente na defesa. Verifica-se, nas atas apresentadas, folhas 94 a 110, por exemplo: 1- Ata da reunião de 02/12/2005, fls. 101/102, assinam a Ata Patrícia Dias, Cristina Rojas e Ana Lucia de Mello (Presidente do Conselho de Administração), um dos assuntos debatidos foi o fornecimento de ticket alimentação de acordo com o número de lojas atendidas; 2- Ata da reunião de 04/08/2006, fls. 102/103, assinam Patrícia e Cristina únicas presentes na reunião), um dos assuntos debatido foi a verba e telefone para coordenador da área médica Daniel Manart. A análise das atas deixa claro que o Conselho Fiscal não tem fiscalização assídua, não há a renovação de 2/3 dos membros, se reúne em período de tempo diverso do estabelecido, sem a participação de pelo menos 3 (três) membros, o que reforça o entendimento de que a atividade exercida não é feita dentro do espírito da lei do cooperativismo estabelecido na Lei 5.674/71 e nos arts. 51 e 52 do Estatuto.

Art. 51 - A administração da Cooperativa será fiscalizada, assídua e minuciosamente, por um Conselho Fiscal, constituído por 3 (três) membros efetivos e 3 (três) suplentes, todos associados, eleitos anualmente pela Assembléia Geral, sendo permitida a reeleição de apenas 1/3 (um terço) de seus componentes.

§ 1º Não poderão fazer parte do Conselho Fiscal, além dos inelegíveis, os parentes, entre si e dos membros do Conselho de Administração até 2º (segundo) grau, em linha reta ou colateral.

§ 2º Nenhum associado poderá exercer, cumulativamente, cargos nos Conselho de Administração e Conselho Fiscal.

Art. 52 - O Conselho Fiscal reúne-se, ordinariamente, uma vez por mês, e, sempre que necessário, extraordinariamente, com a participação de pelo menos 3 (três) dos seus membros.

A recorrente questiona que a fiscalização apenas registrou a ausência do livro de Atas do Conselho Fiscal. A avaliação quanto à suposta irregularidade das atas e da composição do Conselho Fiscal desborda os limites legais e importa em novação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. A renovação de 2/3 do Conselho Fiscal é uma liberalidade da entidade, não sendo imposição legal. Impossibilitada a renovação do Conselho Fiscal pela ausência de chapa contrária àquela que exerce o mandato, tem-se que a manutenção dos conselheiros é medida impositiva sob pena de inviabilizar as atividades da cooperativa.

A análise da documentação pela fiscalização só pode ser feita após sua apresentação. Constatada irregularidade quanto às normas da Lei 5.674/71 e Estatuto da cooperativa deve ser relatado o fato por dever funcional da autoridade fiscal.

Como demonstrado, a recorrente não atentou para as normas estatutárias quanto à renovação dos membros do Conselho Fiscal, nem registrou nas Atas as impossibilidades estatutárias. Não há que falar em novação.

h) A fiscalização informou que não há eventualidade na necessidade dos serviços pelas empresas Tomadoras. São necessidades permanentes, cuja execução é suprida através da terceirização. Os contratos sempre são acompanhados de anexo que define qual o profissional que vai realizar a prestação de serviços. Na ata de reunião do Conselho Fiscal, de 26/09/2005 (fl. 101) fica definido o fornecimento de cartão alimentação aos Assistentes Sociais, de acordo com o número de lojas que cada profissional atende, o que demonstra que se trata de serviço permanente a ser realizado.

Assevera a recorrente que a prestação de serviços realizada pelos cooperados se faz em caráter eventual e jamais habitual, entretanto, os relatórios de produção e documentos anexados aos autos não são suficientes para a confirmação do alegado.

i) Quanto ao processo 00353-2008-020-04-00-8 da 20ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, do reclamante Mauro Azambuja de Souza, a fiscalização informa que o acórdão só foi citado para demonstrar como se posicionou o TRT da 4ª Região frente à realidade fática de intermediação da mão de obra feita pela MITRA Cooperativa. O acordo feito entre as partes ocorreu após sentença de reconhecimento de vínculo empregatício e ficou convencionado a inexistência de vínculo empregatício e que o valor pago seria a título de indenização constituindo-se na devolução de quota-parte do cooperado.

Questiona a recorrente que o acórdão trabalhista não caracteriza a existência de vínculo empregatício entre o cooperativado e a recorrente, dada a homologação de acordo sem que houvesse o reconhecimento de vínculo. Não há que falar em relação de trabalho e sim de cooperativismo.

Da decisão do processo trabalhista em comento, anexada aos autos, fls. 1392/1393, tem-se que ficou reconhecida a contratação de mão de obra para exercer atividades essenciais e de forma exclusiva para outros estabelecimentos por intermédio da cooperativa de trabalho, emergindo a relação de emprego e sendo nulo ato de contratação por meio de cooperativa, nos termos do art. 9º da CLT, não se aplicando o art. 442 da CLT.

Desse modo, reconhece-se a realidade fática de intermediação de mão de obra feita pela MITRA Cooperativa na sentença judicial em epígrafe.

Corroborando com o entendimento da ausência dos requisitos que caracterizam o cooperativismo (art. 442 da CLT) e da presença dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego têm-se as sentenças dos Tribunais da Justiça do Trabalho:

COOPERATIVA DE TRABALHO - INTERMEDIÇÃO ILEGAL DE MÃO-DE-OBRA - DESCARACTERIZAÇÃO. O verdadeiro cooperativismo pressupõe a conjugação de interesses comuns e a reversão dos frutos do trabalho em benefício de todos os associados ou cooperados, não podendo existir, entre eles, qualquer forma de subordinação própria da relação de emprego. Sendo assim, provado, nos autos, que a Cooperativa reclamada, embora formalmente constituída, limita-se, sistematicamente, a realizar intermediação de mão-de-obra, recrutando trabalhadores e trabalhadoras para a prestação de serviços em empresas diversas, forçoso reconhecer a existência de simulação que tem por finalidade disfarçar verdadeira relação de emprego.

(TRT-7 - RO: 417000320095070007 CE 0041700-0320095070007, Relator: MARIA JOSÉ GIRÃO, Data de Julgamento: 09/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/04/2012 DEJT)

COOPERATIVA. DESCARACTERIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A prestação de serviços que se inserem na atividade fim da empresa, por intermédio de cooperativa caracteriza fraude na contratação de mão de obra. Tal circunstância, aliada à ausência de affectio societatis entre os cooperados, e à fixação do trabalhador na mesma empresa ao longo de todo o contrato, evidencia a utilização da cooperativa como mera intermediadora de mão de obra, impondo-se, nesse caso, o reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa tomadora dos serviços. Recurso provido.

(TRT-2 - RO: 7272520125020 SP 00007272520125020432 A28, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 01/10/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 11/10/2013)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVA DE TRABALHO. DESCARACTERIZAÇÃO. Ausentes os requisitos que caracterizam o cooperativismo, conforme disposto no art. 442 da CLT, bem como restando comprovada a existência de elementos fático-jurídicos da relação de emprego, de se manter a sentença que reconheceu a existência de vínculo empregatício entre as partes, deferindo ao empregado as parcelas trabalhistas

decorrentes de tal liame contratual. Recurso conhecido e improvido.

(TRT-7 - RO: 8948620105070007 CE 0000894-8620105070007, Relator: MARIA ROSELI MENDES ALENCAR, Data de Julgamento: 06/02/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: 10/02/2012 DEJT)

j) Informa a fiscalização, quanto à falta de distribuição de sobras e do baixo valor da reserva de sobras, que a Ata da Assembléia de Geral Ordinária e Extraordinária de 16/03/2007, fls. 720/722, trata da distribuição, embora a data da Ata esteja rasurada. A possibilidade de aproveitamento das guias GPS será tratada no atendimento da diligência do processo 12269.003665-2009-50, DEBCAD 37.200.465-2, que trata da contribuição referente à parcela dos segurados.

A recorrente alegou que houve a correta distribuição das sobras, não havendo desatenção aos preceitos legais.

Diante dos fatos abordados no voto, tem-se como conclusão que o lançamento fiscal é procedente.

A sucessão da MITRA Cooperativa pela sucedida MITRA Assessoria, com mesma atividade de prestação de serviços aos mesmos tomadores, sendo quase todos os sócios da sucedida fundadores da cooperativa, exploração de atividade continuada, a dificuldade para identificar a prestação de serviço para os associados da cooperativa e identificação da visualização da intermediação do trabalho realizado, a busca de profissionais para atendimento do contrato de prestação de serviços, os documentos apresentados em desconformidade com a Lei 5.764/71 (art. 23) e Estatuto da cooperativa (art. 12), a falta de visualização clara do registro de conta corrente das respectivas quotas-partes do capital social, a falta de clareza na integralização das quotas (art. 5º do Estatuto da Cooperativa), desligamento de cooperado de sua unidade de saúde e de outros ambulatorios administrados pela AMA – Ass. Médica, a confusão fático-jurídica onde a AMA – Ass. Médica é tomadora dos serviços da cooperativa (fl. 1390) e administradora/gestora dos contratos da prestadora (cooperativa) e firma contrato em nome das tomadoras, a dificuldade de se visualizar os atos praticados pelos membros do conselho fiscal e o cumprimento do estatuto da cooperativa, a definição nos contratos do profissional cooperado que vai prestar os serviços, fornecimento de cartão alimentação aos assistentes sociais, sentença trabalhista reconhecendo o vínculo empregatício, dentre outros mencionados nos autos.

No mesmo sentido é a falta de participação dos cooperados nas assembleias, a intermediação de mão de obra para atender tomadores de serviços desvirtuando os fins da cooperativa, a colocação à disposição dos tomadores dos supostos cooperados para executar tarefas ligadas à atividade fim, trabalho em caráter habitual, a falta de comprovação de todas as subscrições de quotas-partes, enfim, a falta de sintonia entre os fatos narrados pela recorrente com os documentos apresentados, atas, estatuto e o confronto com a escrituração contábil (Livro Diário).

Corroboram o entendimento esposado as decisões dos Tribunais Federais, a seguir:

**TRIBUTÁRIO AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA CONTRATAÇÃO**

FRAUDULENTE DE MÃO-DE-OBRA POR INTERMEDIÇÃO DE COOPERATIVA DE TRABALHO. DESCARACTERIZAÇÃO DA FIGURA DO COOPERADO. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇO POR RESTAR CONFIGURADO O VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MULTA. PERCENTUAL DE 15%. RAZOABILIDADE. 1 - Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal em que o autor pretende a anulação da NFLD n.º 35.039.434-2. O débito apurado refere-se às contribuições não repassadas à Previdência Social, quando da contratação de mão-de-obra pelo autor por intermédio da Cooperativa Regional de Serviços Autônomos do Alto do Paranaíba Ltda. - COOTRAR, em decorrência da decisão exarada pelo juízo da Vara do Trabalho de Patos de Minas que declarou o vínculo empregatício entre o tomador de serviços e os trabalhadores, e irregular a cooperativa. 2 - (...). 4 - "In casu, restou demonstrado nos autos que Cooperativa em pauta - COOTRAR - serviu-se de subterfúgio a dissimular o liame empregatício firmado entre o produtor rural e os contratados, uma vez que o ente se desgarrou da liturgia alinhada na Lei n.º 5.746/71, modificada pela Lei n.º 7.231/84. (...). Os rurícolas, pseudo-cooperados, ignoravam a existência da Cooperativa, não participavam de assembleias, da distribuição das sobras líquidas e, se pudessem, optariam por laborar com registro em carteira,(...). 5 - A Ação Civil Pública n.º 00412-1999-071-03-00-4, promovida pelo Ministério Público do Trabalho em face da COOTRAR, teve o seu pedido julgado procedente para que fosse impedida a COOTRAR de continuar intermediando mão-de-obra ilicitamente, com fraude à lei e ofensa a direitos sociais coletivos de trabalhadores, sendo que a r. sentença foi mantida no julgamento do Recurso Ordinário n.º 4159/2003 em que o Juiz Relator entendeu que restou claro que a COOTRAR foi constituída com o fim específico de intermediar mão-de-obra para os fazendeiros da região, desvirtuando os fins da cooperativa, colocando à disposição dos tomadores os supostos cooperados para executar tarefas ligadas à sua atividade fim. A referida ação transitou em julgado. 6 - Correta a fiscalização do INSS em autuar a parte autora para que recolha ao INSS as contribuições previdenciárias relativas aos empregados que lhe prestaram serviços por intermédio de contratação de mão-de-obra fraudulenta pela COOTRAR. 7 - (...).

(TRF1 - AC: 200138000133341 AC 200138000133341 Relator: GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS, Data da decisão: 19/11/2013, 5ª Turma Suplementar, Data de Publicação: 27/11/2013 e-DJF1)

CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO - FGTS. COMPETÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO TRABALHISTA PARA APURAR A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO (ART. 118, DO CTN). COOPERATIVA DE TRABALHADORES DE CARGAS SECAS E MOLHADAS. TRABALHO COM SUBORDINAÇÃO, NÃO EVENTUAL E COM PAGAMENTOS HABITUAIS. RELAÇÃO DE EMPREGO EVIDENCIADA (ART. 3º DA CLT). 1. (...). 2. A fiscalização

trabalhista e previdenciária têm legitimidade para efetuar lançamentos ex officio de contribuições para o FGTS e as de cunho previdenciário, desconsiderando a qualificação jurídica dada pela empresa à relação trabalhista, conforme prevê o artigo 118 do Código Tributário Nacional. 3. Na forma do artigo 3º da CLT, constituem elementos imprescindíveis à configuração da relação de emprego a subordinação, a não-eventualidade, a pessoalidade e a remuneração. 4. Na hipótese, o vínculo empregatício entre a Embargante e os participantes da Cooperativa dos Trabalhadores em Empresa de Transportes de Cargas Secas e Molhadas da Cidade de Manaus foi comprovada pelos minuciosos Relatórios Fiscais das NFLD's que, em grau de recurso foram confirmadas, uma vez que a inspeção no local e a análise dos documentos comprovaram a total descaracterização dos elementos formais e substanciais típicos da sociedade em regime de cooperativa e a caracterização da relação de emprego, donde se destacam: a) inexistência da affectio societatis; b) ausência de espontaneidade na criação da entidade; c) falta de igualdade de direitos; d) inexistência de subscrição de cotas-partes; e) não participação dos associados na vida da cooperativa. 5. A situação fática retratada pela atuação fiscal é mais do que suficiente para embasar a autuação imposta à apelante pela fiscalização trabalhista, (...).

(TRF1 - AC 199932000070988 AC 199932000070988, Relator: PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.), Data da decisão: 30/11/2009, 5ª Turma, Data de Publicação: 29/01/2010 e-DJF1)

PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DOCUMENTO RELATIVO A FATO NOVO. COBRANÇA SOBRE VALORES CREDITADOS OU PAGOS A AUTÔNOMOS. INCONSTITUCIONALIDADE. DESCONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL COM COOPERATIVA. MUNICÍPIO CONTRATANTE SEM SERVIDORES PÚBLICOS. PERÍCIA. ANÁLISE JURISDICIONAL DO VÍNCULO DE EMPREGO. VALORES ARCADOS COMO AUTÔNOMOS. DESCONTO DA PARTE DEVIDA PELOS EMPREGADOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. 1. (...). 6. A questão enfocada é saber se havia vínculo de emprego entre os cooperados da cooperativa e a municipalidade. (...). 13. O que leva a consideração de existência de vínculo de emprego entre os cooperados e o Município exclusivamente para fins de incidência das contribuições previdenciárias, são os elementos colhidos em juízo. Além do minucioso relatório fiscal das duas inscrições, é de se ver que o próprio município declara às fls. 664 dos autos em apenso que, ao menos até 1.996, não tem nenhum funcionário público e, portanto, não tem nenhum registro de empregado. Causa espécie a existência de um ente municipal desprovido de agentes para o desempenho de suas atividades essenciais, restando evidente que a tal terceirização pela cooperativa visou suprir integralmente a não-existência de servidores públicos (ocupantes de cargo público ou de emprego público). A testemunha ouvida, Sr. Valdevino Rodrigues, às fls. 680 dos autos em apenso, confirma essa constatação. 14. (...). 15. Além

do mais, como retratado pela fiscalização, 22 (vinte e duas) pessoas que foram descaracterizadas da condição de "autônomo" eram ligadas ao Município de Angatuba como empregados (fl. 10). Angatuba era o município da qual Campina do Monte Alegre era distrito. 16. O desempenho de atividades por terceirização generalizada, sem especificação para serviços de natureza puramente acessória, bem como a ausência formal de servidores públicos (provimento efetivo ou com vínculo de emprego), indicam com veemência a existência de vínculo empregatício dos cooperados com o município, de modo que para fins tributários são devidas pelo município o recolhimento das contribuições previdenciárias (parte "empresa") nos termos dos artigos 15, I e 22, I, da Lei 8.212/91, sem prejuízo do recolhimento que os cooperados fizeram em seu próprio benefício (parte segurado) como autônomos. 17. (...). 19. Os valores comprovadamente recolhidos pelos cooperados a título de contribuição de autônomo devem ser descontados dos valores exigidos da empregante na parte "empregados" dos discriminativos de fls. 03, 119 e 120 do apenso relativo aos autos administrativos, baseados no art. 30, I, "a", da Lei 8.212/91, nas mesmas competências e relativas aos mesmos segurados, também objeto de cobrança em ambas as inscrições, sob pena de "bis in idem" e enriquecimento sem causa do fisco exequente. (...).

(TRF3 – APELREEX: 00193563520004039999 APELREEX 582871, Relator: ALEXANDRE SORMANI (CONV.), Data da decisão: 22/09/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 01/10/2009 e-DJF3)

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO DESCABIDA. COOPERATIVA ART. 442, PARÁGRAFO ÚNICO CLT. DESCARACTERIZAÇÃO. PROFISSIONAIS AUTÔNOMOS. CONFIGURADO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. Considera-se empregado, toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º da CLT). 2. Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social (art. 41 da CLT). 3. É justificada a autuação quando se basear em elementos convincentes e indicadores de que, efetivamente, a realidade dos fatos – empregados - não condiz com a situação jurídica formalmente demonstrada – autônomos. 4. Os “cooperados” na verdade, eram operários que prestavam serviços a MATEC, estando sujeitos a subordinação nitidamente trabalhista, pois: a) obrigados ao cumprimento de uma jornada de trabalho; b) sujeitos a avaliação pela MATEC, podendo ser desligados (demitidos), c) sujeitos a fiscalização na figura do “controlador” indicado pela COOPERWORK; d) trabalhavam em caráter habitual com horário pré-determinado, além de horas extras; e e: percebiam pagamento de salário no 5º dia útil conforme a legislação trabalhista e cujo valor fora definido por categoria profissional no contrato celebrado entre a MATEC e a

COOPERWORK. 5. A Lei 8.949/94 que acrescentou o parágrafo ao artigo 442, visa, apenas, aos casos de cooperados que realizam trabalho eventual ou de curta duração; interpretá-la de modo diverso, ou literal, é abrir campo para graves deformações incompatíveis com o caráter protetivo da lei trabalhista. 6. Descaracterizada a condição de cooperativa e caracterizado o vínculo empregatício, correta a autuação efetivada pela Delegacia do Trabalho. 7. Apelação improvida.

(TRF4 – AC: 199904010987078AC, Relator: ALCIDES VETTORAZZI, Data da decisão: 05/12/2000, 4ª Turma, Data de Publicação: 24/01/2001 DJ)

É justificada a autuação quando se baseia em elementos convincentes e indicadores de que a realidade dos fatos (intermediação de mão de obra) não condiz com a situação jurídica formalmente demonstrada pela cooperativa, nos termos do art. 118 do CTN.

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Correta a fiscalização em autuar a cooperativa recorrente para que recolha as contribuições sociais previdenciárias relativas à intermediação de mão de obra, vez que não demonstrada o cumprimento das regras da Lei 5.674/71 e Estatuto da cooperativa.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório Fiscal - REFISC; e, ainda, o Discriminativo do Débito, as Instruções para o Contribuinte – IPC, os Fundamentos Legais do Débito – FLD, e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei 8.212/91.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Quanto à multa aplicada na autuação fiscal em epígrafe, há que se observar a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II do CTN.

As multas em GFIP foram alteradas pela Lei 11.941, de 27/05/2009, sendo mais benéficas para o infrator. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei 8.212, nestas palavras:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda

que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

Desse modo, resta evidenciado, que a conduta de apresentar a GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitava o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo 4º do artigo 32 da Lei 8.212 de 1991. Agora, com a Lei 11.941/2009, a tipificação passou a ser: “apresentar a GFIP com incorreções ou omissões”, com multa de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas.

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, 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.

No caso em debate não há dúvida de que o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN é plenamente aplicável.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso, para retificar o valor da multa de ofício em razão da apresentação de GFIP com incorreções ou omissões, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte. A análise do valor da multa para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica será realizada no momento do

Processo nº 12269.003664/2009-13
Acórdão n.º **2803-004.175**

S2-TE03
Fl. 1.047

pagamento ou do parcelamento, nos termos do § 4º do art. 2º da Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04/12/2009.

Foi assim que o conselheiro votou na sessão de julgamento, conforme registro.

(assinado digitalmente)

Andrea Brose Adolfo

Relatora ad hoc na data da formalização

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Oliveira - Redator designado ad hoc na data da formalização.

Para registro e esclarecimento, pelo fato dos conselheiros responsáveis pelos votos vencido e vencedor não mais integrarem o colegiado, fui designado AD HOC para redigir o voto vencedor.

Feito o registro.

Pedi vistas dos autos para melhor poder expressar minha convicção ante os votos prolatados pelos I. Conselheiros que me antecederam e que apresentam soluções diametralmente apostas para o caso.

Todavia, antes da apresentação dos autos para julgamento o ordenamento jurídico foi inovado pela Lei 13.097/2015, publicada no DOU em 20.01.2015 com vigência dos artigos 48 a 50, na data de publicação da citada lei.

Ocorre que o artigo 49 citado e abaixo reproduzido dá expressa anistia as multas previstas no artigo 32 – A, da Lei 8.212/91.

Art. 49. Ficam anistiadas as multas previstas no art. 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, lançadas até a publicação desta Lei, desde que a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, tenha sido apresentada até o último dia do mês subsequente ao previsto para a entrega.

O artigo 32 – A citado acima prevê as seguintes infrações, observe-se o texto legal transcrito.

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Da leitura do texto legal supramencionado verifica-se que três são as infrações possíveis:

1. apresentar a GFIP com informações incorretas ou omissas, caput do artigo 32 e parágrafo I;
2. deixar de apresentar GFIP, caput do artigo 32 e parágrafo II;
3. apresentar GFIP fora do prazo, caput do artigo 32 e parágrafo II;

No caso vertente a recorrente foi autuada por ter praticado a conduta a seguir descrita:

apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99.

Com a entrada em vigor do artigo 32 – A como acima citado a infração passou a ter esse descrição:

apresentar a empresa a declaração a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, e redação da MP 449, de 03.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, com informações incorretas ou omissas.

Observe-se que a diferença básica está na citação “dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias”. Ora evidente que se nem todos os dados referentes aos fatos geradores foram declarados é porque houve omissão em relação a alguns deles.

Evidencia-se, assim, que a infração anterior é idêntica a nova infração, mas apenas com uma outra roupagem e descrição.

Desta forma, penso que a multa desse auto de infração está abarcada pela anistia concedida pela Lei 13.097/2015, ainda, que tal lei só cite o artigo 32 – A e várias são as razões que me levam a essa conclusão.

A uma, porque o artigo 108, I, da Lei 5.172/66 admite o empregado da analogia em matéria tributária, pois como diz o Supremo Tribunal Federal – STF, no AI 835.442 – RJ, 09/04/2013, R. Ministro Luiz Fux.

2. As transcrições revelam similaridade entre este caso e aquele que está com repercussão geral reconhecida. Aplicação das regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: Ubi eadem ratio ibi idem jus (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio

(onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

A duas, porque o contribuinte não se defende do dispositivo legal infringido, mas sim da imputação a ele feita e no caso como demonstrado a imputação é a mesma apenas o dispositivo legal é outro, veja-se.

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO. MULTA. APELAÇÃO CONHECIDA PARCIALMENTE. AUSÊNCIA DE ENTREGA DE DCTF'S. OMISSÃO. LANÇAMENTO DE DÉBITO. REGULARIDADE. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. ARTIGO 115 DO CTN. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. MULTA. VALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. A apelação da autora merece ser conhecida apenas em parte, pois, veicula, em suas razões, questão dissociada do quanto decidido ao pugnar pela redução do valor da multa, assunto não ventilado no pedido inicial e que refoge aos limites da lide posta. 2. No caso dos autos, a ação foi ajuizada visando a obter a decretação de nulidade da NFLD que aplicou à autora multa pela falta de entrega de DCTF's, em dado período, bem como para determinar a devolução de qualquer valor indevidamente pago a esse título. 3. O CTN admite, no art. 115, que a lei pode estabelecer, no interesse da administração tributária, obrigações acessórias a serem cumpridas pelo contribuinte no sentido de praticar ou não condutas outras, além da obrigação principal, consistente no dever legal de recolher o tributo devido, uma vez ocorrido o fato gerador dessa obrigação. 4. Em face disso, o Decreto-lei nº 2.065/1983, no art. 11, impôs ao contribuinte a obrigação de informar ao Fisco, por meio de declaração constante de formulário padronizado, no caso, denominado de DCTF, quanto aos seus créditos ou débitos tributários, sob pena de sujeitar-se à multa por informação inexata, incompleta ou omitida. 5. Na verdade, referido dever legal já decorria do disposto no Decreto-lei nº 1.968/1982, tendo, posteriormente, o Decreto-lei nº 2.124/1984, autorizado o ministro da Fazenda a eliminar ou instituir outras obrigações acessórias relativas a tributos federais. 6. Verifica-se, pois, da breve remissão legislativa, que a DCTF não foi instituída por meio da Instrução Normativa nº 73/1994, ou qualquer outra subsequente, pois, como não poderia deixar de ser, esta apenas baixou normas para esclarecer e orientar os contribuintes quanto ao preenchimento dos formulários com as informações a serem prestadas, inclusive por meio eletrônico. Assim sendo, resta claro que a obrigação de prestar informações ao Fisco, por meio das DCTF's, decorre de lei, não havendo falar em vulneração do princípio da legalidade. 7. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional. 8. No caso dos autos, a notificação de lançamento, emitida em 23.09.1998, não registra vícios, falhas ou irregularidades, posto que a fiscalização foi minuciosa ao elencar as razões de fato e de direito que ensejaram a lavratura, inclusive com o demonstrativo da apuração do crédito tributário, estando suficientemente *motivado a fim de possibilitar a defesa da autora, que não teve**

dificuldade em impugnar a exigência, não havendo falar ofensa aos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, nem tampouco configurado qualquer prejuízo ao contribuinte. 9. Frise-se, por relevante no caso, que a indicação da base legal da multa ainda que inadequada, incompleta ou até errônea, não invalida o lançamento quando os fatos estiverem devidamente narrados, pois o contribuinte se defende dos fatos e não da capitulação constante da autuação. Ademais, sequer exige fundamentação exaustiva quando restar claro, como no caso em tela, que a multa imposta decorreu do descumprimento da obrigação acessória consistente na entrega das declarações, portanto, aplicada dentro dos parâmetros legais. 10. Ademais, a autuação fiscal constituiu-se em ato administrativo e este goza da presunção de legalidade e veracidade que somente pode ser afastada mediante prova robusta a cargo do administrado, e, no caso, não logrou este provar as suas alegações. 11. Em suma, a prestação de informações ao fisco por meio de DCTF's é dever legal, constituindo-se em obrigação acessória que, uma vez descumprida, sujeita os omissos ao pagamento de multa, impondo-se, pois, a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido. 12. Conheço em parte da apelação e na parte conhecida, nego-lhe provimento. AC 00022008319994036114 AC - APELAÇÃO CÍVEL – 786915 JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS TRF3 TERCEIRA TURMA e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/08/2012.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ NÃO ABALADA. 1 - O fato de não constar os dispositivos legais na NFLD não a invalida, pois que, conforme informado fls. 16, estava acompanhada do relatório fiscal no qual relacionados os dispositivos infringidos. Além disso, os fatos imputados foram devidamente descritos, possibilitando, assim a defesa, o exercício do contraditório na via administrativa. Registra-se que no âmbito administrativo houve recurso até a segunda esfera recursal. 2 - Como bem anotado na sentença, sobre ser Associação Cultural e Recreativa sem fins lucrativos, referida alegação não passou do campo das meras alegações, vez que não cuidou sequer de juntar a documentação a tal respeito. Aliás, registre-se, que ao defender participação de funcionários nos fulcros e mesmo sem resultados ele está justamente contradizendo a sua afirmação de não ter fins lucrativos. 3 - No tocante à afirmativa da embargante de que nada deve, é ver que, assim como vislumbrado no parágrafo antecedente, ela não fez prova contrária à presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, assim não se desincumbindo de ônus probatório que era seu, conforme artigo 333, I, do CPC. 4 - Apelação improvida. AC 864106719984010000 AC - APELAÇÃO CIVEL – 864106719984010000. JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS. TRF1. 5ª TURMA SUPLEMENTAR. e-DJF1 DATA:05/10/2012 PAGINA:1894 (promovi os realces).

A três, porque segundo a doutrina citada abaixo a anistia exclui a infração e não a capitulação legal imposta.

“A anistia não se confunde com a remissão. Esta pode dispensar o tributo, ao passo que a anistia fiscal é limitada à exclusão das infrações cometidas anteriormente à vigência da lei, que a decreta.”¹

Aliás, é isso que diz o artigo 180, da Lei 5.172/66, a seguir transcrita.

Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando:

A quatro, porque além disso temos que observar o que diz o artigo 112, III e IV, da Lei 5.172/66, ou seja, dúvida quanto a imputabilidade e a natureza da penalidade aplicável, assim como a “anistia é perdão da falta, da infração, que impede o surgimento do crédito tributário correspondente à multa respectiva [Hugo de Brito, 2006: 248].

Não há razão jurídica para se aplicar a anistia a uma infração e não a outra apenas porque o dispositivo legal é outro.

Lembro, ainda, que em verdade o dispositivo legal a prevalecer não será outro, mas sim o artigo 32 – A – I, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, uma vez que o artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66 determina a aplicação da legislação que comine penalidade menos severa e isso vem sendo aplicado sistemática pelo menos na 3ª TE/3ª Câmara/2ª Seção/CARF.

Destarte, ainda, que por ricochete cabe a aplicação da anistia, pois a infração a subsistir seria a do artigo 32 - A – I como conclui o I. Conselheiro Relator, conforme transcrição que faço.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso, para retificar o valor da multa de ofício em razão da apresentação de GFIP com incorreções ou omissões, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte. A análise do valor da multa para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento, nos termos do § 4º do art. 2º da Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 /12 /2009.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima

Com esses esclarecimentos, entendo aplicável ao caso a anistia, que em verdade é remissão.

CONCLUSÃO:

Processo nº 12269.003664/2009-13
Acórdão n.º **2803-004.175**

S2-TE03
Fl. 1.053

Ante o exposto voto por conhecer do recurso para no mérito dar-lhe provimento, tendo em vista a publicação de lei de anistia.

Foi assim que o conselheiro votou na sessão de julgamento, conforme registro.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Redator ad hoc na data da formalização