



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

Processo n° 11070.001145/2010-09
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-003.167 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2012
Matéria TERCEIROS
Recorrente SÃO FRANCISCO SERV. ADM. E AUXILIARES PARA HOSPITAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2008 a 30/11/2008

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

MULTA DE MORA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.

O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, aplica-se a multa de mora nos percentuais da época

INFRAÇÃO CONTINUADA - ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO - INEXISTÊNCIA

Não há que se reconhecer a aplicação do instituto da infração continuada no âmbito das contribuições previdenciárias uma vez que a legislação específica não trata da matéria

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 21/23), a atuada teria se enquadrado no SIMPLES NACIONAL – Lei Complementar 123 e recolheu apenas os valores descontados dos empregados e contribuintes individuais,

Em razão de a empresa realizar atividade econômica vedada à opção, foi emitido Ato Declaratório de Exclusão do referido sistema, com efeitos a partir de 24/01/2008.

Os fatos geradores das contribuições são os valores pagos aos segurados apurados na documentação da empresa.

A atuada teve ciência do lançamento em 23/06/2010 e apresentou defesa (fls. 25/49), onde alega a inexigibilidade da contribuição do INCRA por ser inconstitucional.

Apresenta a mesma alegação quanto às contribuições do SESC, SENAC e SEBRAE.

Manifesta sua irrisignação contra a multa aplicada que considera exorbitante e solicita a aplicação do princípio da retroatividade benigna em razão da superveniência da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009.

Clama pela aplicação do princípio da infração continuada, ou seja, a aplicação de uma única multa.

Menciona o art. 112, inciso IV do Código Tributário nacional, segundo o qual é possível adotar uma interpretação mais favorável ao acusado, em caso de dúvida sobre a natureza da penalidade aplicável ou sua graduação.

Protesta pela produção de prova documental e pericial.

Pelo Acórdão nº 12-36.746 (fls. 57/55) a 14ª turma da DRJ/Rio de Janeiro I julgou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a atuada apresentou recurso tempestivo, onde repete as alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente questiona o lançamento das contribuições destinadas ao INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE por considerá-las inconstitucionais.

Todas as contribuições mencionadas foram lançada com suporte em dispositivo legal vigente e, em obediência ao princípio da legalidade, não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

A recorrente entende que a multa deve ser recalculada de acordo com a novel legislação, ou seja, os artigos 32-A e 35-A acrescentados à Lei nº 8.212/1991 pela Lei nº 11.941/2009.

Não há razão no argumento.

O princípio da retroatividade benigna é aplicada quando se trata de aplicação de multas por infrações, descumprimento de obrigações acessórias, conforme se depreende da leitura do dispositivo:

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

No caso, trata-se de lançamento de obrigação principal.

À época dos fatos geradores, vigia a o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação abaixo:

Lei nº 8.212/1991:

*Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, **incidirá multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (...)*

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

Como se vê da leitura do dispositivo, a multa prevista tinha natureza moratória e era devida, inclusive, no caso no recolhimento espontâneo por parte do contribuinte.

Assim, deve-se cumprir o que dispõe o artigo 144 do CTN, segundo o qual o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, aplica-se a multa de mora nos percentuais definidos pela legislação vigente à época.

A recorrente alega que a infração cometida seria continuada e a multa aplicável apenas em relação a uma ocorrência.

Cumprir dizer que tal instituto é originário do Código Penal e a menos que a legislação específica que trata das contribuições previdenciárias dispusesse de forma expressa sobre a existência de infração continuada, a tese não pode ser aplicada.

E como é sabido, tanto a Lei nº 8.212/1991 como o seu Regulamento nada trazem a respeito do tema.

Voto por CONHECER o recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira - Relatora