



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

Processo n° 14485.000193/2007-92
Recurso n° 259.100 Voluntário
Acórdão n° **2302-01.190 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de julho de 2011
Matéria Auto de Infração: Obrigações Acessórias em Geral
Recorrente ORGANIZAÇÃO SANTAMARENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/03/2003

Ementa:

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA -RETENÇÃO DE 11%

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

DECADÊNCIA:

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional. No caso deste auto de infração, a multa aplicada para a infração cometida é única e não pode ser fracionada, não havendo alteração no valor referente à mesma, conforme disposto pelo artigo 659, §4°, da Instrução Normativa n.º 03/2005

REINCIDÊNCIA

Caracteriza-se reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que houver decisão administrativa definitiva condenatória ou homologatória referente à infração anterior.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relator.

EDITADO EM: 08/08/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (presidente), Manoel Coelho Arruda Júnior, Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Vera Kempers de Moraes Abreu.

Relatório

Trata o presente de auto de infração lavrado contra o sujeito passivo acima identificado, por ter deixado de reter 11% sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviços com cessão de mão de obra, descumprindo a Lei n. 8.212/91, artigo 31, caput, com a redação dada pela Lei nº. 9.711/98, combinada com o artigo 219, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3048/99, no período de 08/2000 a 03/2003.

O relatório fiscal de aplicação da multa à fl. 22, traz que a autuada é reincidente por ter tido contra si lavrado auto de infração em 18/12/1997, com decisão administrativa definitiva em 30/04/1998, e por isso a multa foi elevada em duas vezes, nos moldes do artigo 292, inciso IV, do Regulamento da Previdência Social.

Após a apresentação de defesa, Acórdão de fls. 61/70, pugnou pela procedência da autuação.

Inconformado o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

- a) a anulação do crédito face à decadência, posto que a reincidência foi apurada em período decadente;
- b) a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/91; que deve ser aplicada a Súmula Vinculante n.º 08;•
- c) que há vícios na autuação porque não há menção ao dispositivo legal do fato gerador da multa;
- d) que houve cerceamento de defesa, na medida em que não há prova da reincidência, posto que o auto de infração que a originou não foi juntado aos autos.

Requer o provimento do recurso para reformar a decisão e decretar a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi

O recurso foi apresentado tempestivamente, conforme protocolo de fl.75. Assim, cumprido o requisito de admissibilidade, conheço do mesmo e passo ao seu exame.

A autuação se deu por ter deixado a autuada, enquanto contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços para recolhimento à Secretaria da Receita Previdenciária, à época da autuação, até o dia 02 (dois) do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, conforme prescreve o caput do artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, com a redação da Lei n.º 9.711/98, vigente à época da autuação:

Art. 31 A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

A recorrente não questiona o mérito da autuação, mas alega a nulidade da autuação porque o relatório fiscal não menciona o dispositivo legal que capitula a infração.

Entretanto, não vislumbro a tese de nulidade da autuação, pois não foi observado qualquer vício no procedimento da fiscalização e formalização da mesma. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A recorrente foi devidamente intimada de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improfícuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “: (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216)

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Ademais, do exame do autos se pode vislumbrar às fls.21 e.22, no relatório fiscal da infração e da aplicação da multa, o dispositivo legal infringido com a conduta da autuada, artigo 31, caput da Lei n.º 8.212/91 e os dispositivos legais que suportam a aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação acessória de não reter os 11%, nas notas fiscais de prestação de serviço com cessão de mão de obra, artigos 92 e 102 da lei n.º 8212/91 e artigos 283, caput e §3º e 373, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3048/99.

Quanto à argüição de decadência para fins de apuração de reincidência também não assiste razão à recorrente, uma vez que por reincidência se entende a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou seu sucessor, dentro de cinco anos, da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória referente a autuação anterior, conforme disposto pelo parágrafo único do artigo 290, do já citado Regulamento da Previdência Social:

Art.290. Constituem circunstâncias agravantes da infração, das quais dependerá a gradação da multa, ter o infrator:

(...)

V - incorrido em reincidência.

Parágrafo único. Caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes à autuação anterior. (Alterado pelo Decreto nº 6.032 - de 1º/2/2007 - DOU DE 2/2/2007)

No caso em tela, pelos dados constantes no processo, temos que a recorrente foi autuada em ação fiscal anterior em 18/12/1997, com decisão transitada em julgado administrativamente em 30/04/1998.

Assim, resta configurada a reincidência para as competências até 03/2003, ou seja, ao não reter os 11% sobre as notas fiscais de prestação de serviço com cessão de mão de obra até a competência 03/2003, a autuada praticou nova infração dentro de cinco anos da data em que se tornou irrecorrível aquela decisão administrativa.

A reincidência foi genérica já que a infração praticada foi diversa da incorrida anteriormente e a penalidade foi elevada em duas vezes, conforme disposto pelo artigo, 292, inciso IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3048/99, com a redação vigente à época da autuação:

Art.292. As multas serão aplicadas da seguinte forma:

(...)

IV - a agravante do inciso V do art. 290 eleva a multa em três vezes a cada reincidência no mesmo tipo de infração, e em duas vezes em caso de reincidência em infrações diferentes, observados os valores máximos estabelecidos no caput dos arts. 283 e 286, conforme o caso;

É de se notar, entretanto, que o auto de infração contempla as competências de 08/2000 a 03/2003 e foi lavrado em 30/07/2007, com ciência pelo sujeito passivo em 31/07/2007, devendo ser considerada a decadência. exposta no Código Tributário Nacional, já que nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante n.º 08:

Súmula Vinculante n.º 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n.º 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

Lei n.º 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Desta forma, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional artigo, artigo 173, inciso I, devendo ser excluídas da autuação as competências até 11/2001, inclusive.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Todavia, é de se registrar que como a multa aplicada para a infração cometida é única e não pode ser fracionada, não vai haver alteração no valor referente à mesma, conforme disposto pelo artigo 659, §4º, da Instrução Normativa n.º 03/2005:

§4º Se houver materialização das demais infrações não referidas nos arts. 646 a 648, a multa será fixada por Auto de Infração, independentemente do número de ocorrências.

Ainda que restasse apenas uma retenção que não houvesse sido efetuada na nota fiscal de prestação de serviço, o valor da multa se manteria íntegro.

Por derradeiro, não procede a argüição de cerceamento de defesa pela falta de juntada do auto de infração lavrado na fiscalização anterior, que comprovou a origem da reincidência, posto que o relatório fiscal descreve o fato, caracteriza a reincidência, traz o número DEBCAD do auto de infração anteriormente lavrado, anexa o Termo de Verificação de Antecedentes e a tela do sistema informatizado da Previdência Social, DATAPREV, fls. 23 e 24, onde consta o referido auto de infração e todas as informações pertinentes ao mesmo, sendo totalmente dispensável juntar a este processo o auto anterior, para caracterizar a reincidência, o que foi plenamente satisfeito com as informações constantes do processo.

Por todo o exposto,

Voto por negar provimento ao recurso.

Processo nº 14485.000193/2007-92
Acórdão n.º **2302-01.190**

S2-C3T2
Fl. 5

Liege Lacroix Thomasi - Relatora