



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

Processo n° 16537.001031/2011-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-002.480 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria Auto de Infração: Obrigações Acessórias em Geral
Recorrente CIPLA INDÚSTRIA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 27/06/2002

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.

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. O Fisco deve comprovar a existência de decisão definitiva para aplicar a agravante de reincidência.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos em dar provimento parcial ao recurso, devendo a multa ser aplicada sem a incidência da circunstância agravante de reincidência, por não restar comprovada, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liege Lacroix Thomasi – Relatora e Presidente Substituta

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Andre Luiz Marsico Lombardi , Leonardo Henrique Pires Lopes, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Fábio Pallaretti Calcini.

CÓPIA

Relatório

O presente Auto de Infração foi lavrado em 27/06/2002, com ciência pelo sujeito passivo em 01/07/2002 e refere-se ao descumprimento da obrigação acessória da contratante de serviços prestados com cessão de mão de obra, efetuar a retenção de 11%, sobre as notas fiscais de prestação de serviço, conforme previsto no artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98.

Após a impugnação, Decisão-Notificação de fls. 71/73, julgou a autuação procedente.

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

- a) a inconstitucionalidade do artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, na redação dada pela Lei n.º 9.711/98;
- b) a inaplicabilidade de juros moratórios cumulados com multa moratória;
- c) a inaplicabilidade da SELIC como taxa de juros moratórios.

Por fim, requer o provimento do recurso para que seja declarada a improcedência do lançamento.

O recurso apresentado não foi acompanhado do depósito recursal, o que levou à inscrição do crédito, posteriormente cancelada em vista da Súmula Vinculante n.º 21, do Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a exigibilidade do depósito recursal.

O crédito retornou à esfera administrativa para exame do recurso de fls. 79/98.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

Cumprido o requisito de admissibilidade, frente à tempestividade, conheço do recurso 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)

Quanto à alegação da recorrente acerca da de inconstitucionalidade do artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, ressalta-se que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal. No Capítulo III do Título IV, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF se auto-impôs com regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (que aprovou o Regimento Interno do CARF):

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

SÚMULAS CONSOLIDADAS CARF PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010)

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

As demais arguições da recorrente são inócuas, posto que não há neste auto de infração a aplicação de juros moratórios com base na SELIC.

Por se tratar de auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, o processo contempla apenas a incidência da multa punitiva, aplicada na forma da legislação vigente, mais precisamente no Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, art. 283, "caput" e § 3º e art. 373.

Da análise dos autos, é de se ver que a multa foi agravada, segundo o Fisco, pela ocorrência de circunstância agravante, qual seja a reincidência, conforme demonstrado na folha 3, do processo.

Entretanto, é de se ver 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 ações fiscais anteriores em 29/05/2000 e 04/04/2001, mas não consta que as decisões tenham transitado em julgado administrativamente.

Assim, entendo que não restou demonstrada a ocorrência da circunstância agravante de reincidência para que a multa fosse aplicada na forma do artigo 292, inciso IV do Regulamento da Previdência Social:

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;

Pelo exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso para que a multa seja aplicada no valor originário, sem a incidência da agravante de reincidência, por esta não restar demonstrada nos autos.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora