



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

Processo nº 10580.728141/2010-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.719 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de setembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente VITÓRIA S/A E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/06/2009

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Estando presente nos autos a discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e períodos correspondentes, bem como a devida fundamentação legal, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO.

Constitui infração, punível com multa, deixar de reter o percentual de 11% sobre o valor bruto constante nas notas fiscais de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

ATUALIZAÇÃO DA MULTA. OBEDIÊNCIA AO ATO NORMATIVO EM VIGOR À ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES.

A atualização dos valores da multa deve obedecer o momento da ocorrência do fato gerador, sendo aplicável tão somente o ato normativo em vigor, nos termos do art. 144 do CTN.

NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura da auto, ou seja, da maneira de sua realização.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para anular o lançamento pelo reconhecimento do vício material (Portaria que definiu o valor da multa não vigorava à época dos fatos geradores). Votaram pelas conclusões os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elvas e Daniele Souto Rodrigues. Vencidos os conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elvas, Ivacir Julio de Souza, Daniele Souto Rodrigues e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº. 15-30.835, fls. 173/182, que julgou procedente em parte o lançamento consubstanciado no DEBCAD 37.289.047-4, em face do descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 31, *caput*, da Lei nº 8.212/91, por ter a empresa deixado de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

O Relatório Fiscal, fls. 69/74, consigna que a empresa contratou serviços de brigadistas de incêndio (plantonistas) para assegurarem a segurança contra incêndio durante a realização dos jogos que deteve o mando de jogo, mediante cessão de mão-de-obra, cuja contratação se deu diretamente com a empresa, conforme notas fiscais juntadas aos autos, por amostragem.

Tal circunstância foi agravada em razão da ocorrência de reincidência genérica, posto que o cometimento da infração em epígrafe se deu entre janeiro/2008 a junho/2009 e a retroação quinquenal a partir dessas competências alcança a data da emissão da Decisão-Notificação (10/02/2010) nos autos do DEBCAD 37.106.920-3, referente à empresa ter deixado de escriturar a contabilidade em títulos próprios.

Portanto, considerando a agravante, a multa imputada foi no importe de R\$ 2.863,58 (dois mil oitocentos e sessenta e três reais e cinquenta e oito centavos).

O presente processo está ligado ao de número 10580.728134/2010-49 o qual está em pauta de julgamento nesta mesma sessão, no qual constam, dentre outras, as seguintes informações:

O contribuinte é sociedade anônima de capital fechado que tem por objeto difundir, aprimorar e gerir atividades de futebol, conforme estatuto registrado na JUCEB.

O Vitória S.A contém dois estabelecimentos. No 0001 (matriz) estavam alocados os empregados da antiga Sede e Diretoria e no estabelecimento 0002 (filial) estavam alocados todos os atletas, a comissão técnica e os empregados da Toca do Leão. Todos os empregados foram transferidos para o Esporte Clube Vitória, CNPJ 15.217.003/0001-59, **a partir de 01/07/2009**, apesar da desfiliação da FBF – Federação Baiana de Futebol ter ocorrido em 19/02/2009.

Portanto, afirma que o Vitória S.A. ao efetuar sua desfiliação da FBF em 19/02/2009 perdeu a condição de clube de futebol profissional passando a contribuir para a Previdência Social como empresa em geral, classificada no FPAS 566.

(...)

O Auditor ainda arrolou como solidário em razão da caracterização de Grupo Econômico, o Esporte Clube Vitória, CNPJ 15.217.003/0001-10. Vários

foram os argumentos para o fiscal caracterizar o grupo econômico, dentre eles:

- a) Após alteração contratual do contribuinte principal, foi promovida constituição de entidades interligadas entre si e controladas direta ou indiretamente pelo mesmo grupo de pessoas;
- b) O grupo utiliza alternada ou concomitantemente os mesmos empregados, os mesmos espaços, os mesmos atletas, havendo confusão patrimonial, inclusive com relação à pagamento de despesas e transferências;
- c) As entidades se alternam na filiação à FBF;
- d) Ambas possuem o mesmo endereço, na Av. Artemio Castro Valente, 1 – Canabrava – Salvador – Bahia – Toca do Leão;
- e) O exercício da administração pelos mesmos diretores.

Verifica-se que nestes autos não existe termo de sujeição passiva solidária ou mesmo imputação de responsabilidade solidária.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a empresa Vitória S.A. contestou a autuação por meio de instrumento de fls. 99/126.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da então Impugnante, a 6ª Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em Salvador, DRJ/SDR, prolatou o Acórdão nº 15-30.835, fls. 173/182, a qual julgou **procedente em parte o lançamento** para excluir o agravamento da multa, conforme ementa a seguir transcrita:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2008 a 30/06/2009

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. RETENÇÃO DO ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INFRAÇÃO.

Na forma da Lei Orgânica da Seguridade Social e de sua regulamentação, constitui infração, punível com multa, deixar, a empresa, na condição de contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços para recolhimento ao INSS, em nome da empresa cedente de mão-de-obra.

*CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA INFRAÇÃO,
DETERMINANTE DA GRADAÇÃO DA MULTA.
REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA, IN CASU.*

Constitui circunstância agravante da infração, da qual dependerá a gradação da multa, ter o infrator incorrido em reincidência. Na forma do Regulamento da Previdência Social,

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 a autuação anterior. No caso em apreço, no momento em que foi praticada a infração (2008/2009) inexistia auto de infração anterior com decisão definitiva, não se cogitando, assim, de reincidência.

MULTA APLICADA. PEDIDO DE RELEVACÃO A TEOR DO ART. 291, §1º, DO DECRETO Nº 3.048, DE 1999. IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com o art. 1º do Decreto nº 6.727, publicado no Diário Oficial da União do dia 13 de janeiro de 2009, foi revogado o art. 291 do Decreto nº 3.048, de 1999, que, mediante condições, admitia a relevação da multa aplicada. Considerando a data em que teve ciência da autuação o contribuinte (01/09/2010), não é possível a relevação da multa aplicada no presente AI, indeferindo-se solicitação nesse sentido.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL PAF. PEDIDO DE PROCEDIMENTO DE INTIMAÇÃO NO ENDEREÇO PROFISSIONAL DOS PATRONOS DA CONTRIBUINTE. INDEFERIMENTO.

Durante a fase litigiosa do procedimento administrativo, a lei determina que as intimações sejam feitas por via postal, ou por qualquer outro meio ou via, porém com prova de recebimento, exclusivamente, no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada, a Recorrente, Vitória S/A., interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário, fls. 193/220, requerendo a reforma do Acórdão da DRJ, utilizando-se, para tanto, dos seguintes argumentos:

1. Nulidade do acórdão uma vez que somente após a CBF ter regularizado os registros, substituindo a gestão e administração da prática do Futebol Profissional para o Esporte Clube Vitória, é que foi liberado o Vitória S.A., das obrigações previdenciárias de seus segurados e dela própria, que deu-se apenas em 01/07/2009;
2. A autuação não é clara;
3. O enriquecimento ilícito do Estado;
4. A necessária análise dos princípios constitucionais para o presente caso;

5. Foram entregues documentos de conteúdo similar ao solicitado pela fiscalização;
6. A confiscatoriedade da multa.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA ADMISSIBILIDADE

Conforme documentos de fls. 190 e 192, tem-se que o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA NULIDADE DE FALTA DE CLAREZA – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Uma análise superficial da autuação é suficiente para evidenciar a clareza na descrição dos fatos e nos fundamentos legais. O Auto de Infração faz expressa menção aos dispositivos legais infringidos, constantes no Relatório Fiscal. Ademais, o Relatório Fiscal consignou detalhadamente os levantamentos que compõem o processo em epígrafe, narrando as razões fáticas e legais, não vislumbrando, pois, qualquer restrição ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, não merece acolhida a alegação de cerceamento do direito de defesa por ausência de menção ao dispositivo legal infringido ou de clareza na descrição dos fatos.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DEIXAR DE RETER 11% NA NOTA FISCAL DE SERVIÇOS POR MEIO DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA

Em que pese, para a fiscalização, a ocorrência de desfiliação por parte da empresa, tal fato é irrelevante para o deslinde da presente controvérsia eis que tal fato afeta tão somente ao recolhimento das contribuições referentes a cota patronal incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, segundo dispõe o § 6º do art. 22, da Lei nº 8.212/91, na qual se faz referência aos incisos I e II do mesmo dispositivo, *in verbis*:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

§ 6º A contribuição empresarial da associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional destinada à Seguridade Social, em substituição à prevista nos incisos I e II deste artigo, corresponde a cinco por cento da receita bruta, decorrente dos espetáculos desportivos de que participem em todo território nacional em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e de transmissão de espetáculos desportivos. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Portanto, quanto às demais contribuições devidas pelas associações desportivas, impõe-se o recolhimento na forma das empresas em geral, assim como persiste a compulsoriedade das obrigações acessórias, notadamente a que se verifica no processo em lume.

Conforme se vê das notas fiscais acostadas à fiscalização, a empresa GP ENGENHARIA DE INCÊNDIO E SEGURANÇA NO TRABALHO LTDA-ME., foi contratada diretamente pela entidade desportiva, para a prestação de serviços por parte de brigadistas que ficam de plantão durante a realização dos jogos de futebol no estádio Manoel Barradas a fim de garantir a segurança dos torcedores.

Desta forma, em razão da cessão de mão-de-obra, a entidade desportiva deveria ter procedido a retenção no percentual de 11% sobre as notas fiscais, o que não ocorreu no caso em tela, nos termos do art. 31, da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 10 (dez) 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 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Em razão do descumprimento da obrigação acessória acima disposta, foi imputada a multa prevista no art. 283, “caput” e § 3º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, a seguir transcrito:

Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e 10.666, de 8 de maio de 2003, para a qual não haja penalidade expressamente cominada neste Regulamento, fica o responsável sujeito a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), conforme a gravidade da infração, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 290 a 292, e de acordo com os seguintes valores: (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

§ 3º As demais infrações a dispositivos da legislação, para as quais não haja penalidade expressamente cominada, sujeitam o infrator à multa de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos).

Portanto, não pairam dúvidas quanto à procedência da autuação, reduzido o valor da gradação da multa, exoneração esta procedida por decisão de primeira instância, proferida pela DRJ, fls. 173/182.

O valor correspondente à imputação da presente multa, se deu pela Portaria MPS/MF nº 333, de 29.06.2010, vigente à época da lavratura do auto de infração em epígrafe.

Entretanto, conforme pode ser verificado, as notas fiscais acostadas aos autos, assim como a obrigação de retenção, datam nas competências 01/2009 a 06/2009, período da efetiva ocorrência dos fatos geradores.

Portanto, assiste razão à Recorrente no que concerne à questão do valor da multa nos termos da Portaria MPS/MF vigente à época dos fatos, em consonância com o disposto no art. 144 do CTN, *in verbis*:

Art. 144. 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.

Inobstante o referido artigo fazer referência à lei, tem-se que o conteúdo ali contido também se estende às demais espécies normativas que compõem a legislação tributária, claramente definidos no art. 96, a seguir transcrito:

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Portanto, deve ser verificada a Portaria Interministerial, que determinou a atualização do valor constante no RPS em vigor à época da ocorrência do fato gerador, fato o qual enseja o erro de capitulação legal da multa aplicável.

Por fim, com relação à extensão da declaração de nulidade, destaque-se que o vício em questão é material, por atingir um dos pressupostos do art. 142 do Código Tributário Nacional, *in casu*, a determinação da matéria tributável.

Nesse sentido, esta Segunda Seção já julgou desta forma no Recurso Voluntário n. 151.240, nos autos do Processo n. 36474.007407/2006-32, em 21 de setembro de 2010, que resultou no Acórdão n. 2402-01.175, advindo da 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária.

Da mesma forma foi o julgamento do Acórdão n. 108-08.174 de 23/02/2005 da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - LANÇAMENTO FISCAL COM ALEGADO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO - INEXISTÊNCIA - Os vícios formais são aqueles que não interferem no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. O suposto erro na identificação do sujeito passivo caracteriza vício substancial, uma nulidade absoluta, não permitindo a contagem do prazo especial para decadência previsto no art. 173, II, do CTN.

Também, há de se destacar o julgamento no Recurso 129.310, Processo 10247.000082/00-91 em 09 de julho de 2002, Acórdão n. 107-06.695, ementado da seguinte forma:

(...)

RECURSO EX OFFICIO - NULIDADE DO LANÇAMENTO - VÍCIO FORMAL - A verificação da ocorrência do fato gerador

da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido a identificação do sujeito passivo, definidos no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, são elementos fundamentais intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto. O levantamento e observância desses elementos básicos antecedem o são preparatórios à sua formalização, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por função e o número de matrícula, a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...)

No decorrer do voto condutor do acórdão, o relator, Dr. Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, afirma:

Mal comparando, poderíamos dizer que o vício substancial está para a constituição do crédito tributário assim como o cálculo estrutural está para a edificação, no ramo da construção civil, enquanto que a forma seria, para o lançamento de ofício, o equivalente ao acabamento, à "fachada", na edificação civil. Deduz-se daí que o vício substancial pressupõe a ocorrência de defeito na estrutura que é o sustentáculo de toda edificação, seja na construção civil ou na constituição do crédito tributário, possuindo sua ocorrência, assim, efeito demolidor, que joga por terra a obra erigida com esse insanável vício.

Em outro passo, o defeito de forma, de acabamento ou na "fachada", não possui os tais efeitos devastadores causados pelo vício de estrutura, sendo contomáveis, sem que dano de morte cause à edificação. Fazem-se os acertos ou até mesmo as modificações pertinentes, porém, sem reflexo algum sobre as bases em que a obra tenha sido erigida ou à sua própria condição de algo que existe, apesar dos defeitos. e, a meu ver, são esses "defeitos menores" que o legislador quis contemplar quando admite que tais vícios, apenas eles, podem e devem ser sanados e que somente a partir da decisão que declarar a nulidade desse ato é que passaria a fluir o prazo de decadência para o sujeito ativo da obrigação tributária, exercer o direito a novo lançamento de ofício.

No mesmo norte, é o julgamento do Acórdão n. 192-00 015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes:

O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização.

Portanto, deve ser o presente auto anulado por vício material, ante o erro de capitulação legal da multa aplicável, uma vez que a portaria de atualização da multa é posterior aos fatos geradores.

CONCLUSÃO

Do exposto, voto pelo **provimento** do Recurso Voluntário, para declarar a nulidade por vício material ante o erro de capitulação legal quanto à multa aplicada.

Marcelo Magalhães Peixoto.