



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

Processo n° 14485.000035/2007-32
Recurso n° 166.152 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.052 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de julho de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente CONSTRUTORA HERMAN KLASING LTDA
Recorrida DRJ-SÃO PAULO I/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 14/01/2003

ERRO FORMAL. A descrição incorreta da atividade da empresa, pela atribuição de CNAE indevido, não caracteriza erro formal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESTAQUE NA NOTA FISCAL DA RETENÇÃO. A empresa que presta serviço com cessão de mão-de-obra, deve destacar na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços o valor a ser retido pelo contratante.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, nas preliminares por unanimidade de votos, em não acatar a tese de vício formal e em negar a preliminar de decadência pela ocorrência de infração em período não decadente. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Alberto Mees Stringari', with a long horizontal line extending to the right.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Presidente e Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (Convocado), Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I, Acórdão 16 – 15.276 - 14ª Turma DRJ/SPO I, folhas 48 a 54, que julgou procedente a autuação motivada por descumprimento de obrigação tributária legal acessória.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), folha 4, a autuação refere-se ao fato de a empresa ter deixado de destacar em notas fiscais a retenção de 11%. A relação das notas fiscais sem destaque da retenção está apresentada à folha 6 e o período está compreendido entre 02/99 a 01/03.

Em 21/06/2007 a empresa tomou ciência da autuação.

Inconformada com a decisão da DRJ, a recorrente apresentou recurso voluntário, folhas 58 a 68, onde alega, em síntese, que:

1. Ocorreu a decadência do direito de cobrar a multa aplicada, em relação ao descumprimento da obrigação acessória nos períodos de 02.02.1949 a 08.04.2002.
2. Houve erro formal pelo uso do código da Classificação Nacional de Atividades Econômicas — CNAE nº4521.7.
3. A recorrente recolheu integralmente as contribuições sociais ao INSS, nos períodos notificados, estando o crédito tributário lançado extinto pelo pagamento.
4. A falta foi corrigida com o efetivo recolhimento da obrigação principal. Portanto, a multa aplicada é improcedente, devendo ser relevada na sua integralidade.

Finaliza o recurso requerendo a nulidade do lançamento pelo erro formal, a desconstituição do lançamento pela decadência, seja reconhecida a abusividade da multa aplicada, uma vez que foram elaboradas folhas de pagamento por construção e requer a relevação da multa, pela correção da alegada infração cometida dentro do prazo da impugnação, acrescentando ao fato de se tratar de infração primária e não haver ocorrências agravantes.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

PRELIMINARES

Decadência:

A recorrente alega decadência.

No lançamento, para fins de decadência foi aplicada a regra do artigo 45 da Lei 8.212/91.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante nº 8 "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".

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de nº 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN. A decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4.

Em ambos, o direito de a Fazenda constituir o crédito extingue-se em cinco anos, sendo que pela regra do art. 150, § 4º, a contagem é a partir da ocorrência do fato gerador e a do 173 é a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade



administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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.”

Neste caso concreto, mesmo aplicando o critério mais favorável ao contribuinte, ainda resta a situação da nota fiscal nº 11.092, de 14/01/2003, emitida sem o destaque da retenção de 11%. Como basta 1 evento para caracterizar a infração, esta fica caracterizada com qualquer dos critérios de decadência previstos no CTN.

Erro Formal

O recurso registra que foi utilizado o código da Classificação Nacional de Atividades Econômicas — CNAE nº4521.7, quando o correto é o constante do cartão do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica — CNPJ, qual seja, o código de descrição da atividade econômica principal nº41.20-4-00. Registra também que o código utilizado pela fiscalização foi desativado pela Resolução nº 1/2006 do Ministério do Planejamento.

Alega que tal erro é erro formal suficiente para a anulação do lançamento.

O artigo 173 do CTN prevê a anulação do crédito tributário quando verificado o vício formal.

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



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

Antonio Airton Ferreira, no artigo Normas Gerais de Direito Tributário - Lançamento Anulado por Vício Formal - Novo Lançamento - Alcance da Norma - CTN art. 173, II, assim define vício formal no contexto do artigo 173 II do CTN:

Luiz Henrique Barros de Arruda, com a experiência haurida nos vários anos do exercício das magnas funções de Auditor-Fiscal, de Coordenador-Geral do Sistema de Fiscalização e de destacado Conselheiro do Egrégio Conselho de Contribuintes, à página 82 do seu Processo Administrativo Fiscal publicado pela Editora Resenha Tributária, define assim o vício formal:

"O vício de forma existe sempre que na formação ou na declaração da vontade traduzida no ato administrativo foi preterida alguma formalidade essencial ou que o ato não reveste a forma legal.

Formalidade é, pois, todo o ato ou fato, ainda que meramente ritual, exigido por lei para segurança da formação ou da expressão da vontade de um órgão de uma pessoa coletiva (Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, 10ª. ed., Tomo I, 1973, Lisboa "

De Plácido e Silva, no seu Vocabulário Jurídico, vol. IV, Forense, 2ª. ed., 1967, pág. 1651, detalha mais essa definição:

"As formalidades mostram-se prescrições de ordem legal para feitura do ato ou promoção de qualquer contrato, ou solenidades próprias à validade do ato ou contrato.

Quando as formalidades atendem à questão de forma material do ato, dizem-se extrínsecas.

Quando se referem ao fundo, condições ou requisitos para a sua eficácia jurídica, dizem-se intrínsecas ou viscerais, e habitantes, segundo se apresentam como requisitos necessários à validade do ato (capacidade, consentimento), ou se mostram atos preliminares e indispensáveis à validade de sua formação (autorização paterna, autorização do marido, assistência do tutor, curador etc" (grifos acrescidos).

As lições desses dois Mestres evidenciam a importância de se estabelecer com rigor a distinção entre formalidade extrínseca e intrínseca, sendo legítimo afirmar que há casos em que a omissão de forma, como, por exemplo, a falta de indicação do dispositivo legal infringido, desde que o fato esteja perfeitamente identificado, por não caracterizar um vício intrínseco, não prejudica a validade do procedimento fiscal, como reconhece pacificamente a nossa jurisprudência administrativa.

Todavia, se a ausência de formalidade for intrínseca ou visceral - a definição do fato tributário, por hipótese - ela determina a nulidade do ato administrativo de lançamento, fora do contexto do vício formal.

O código CNAE, no registro da Previdência, está presente no cadastro das empresas por ser utilizado para verificação do grau de risco das contribuições relativas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão da incapacidade laborativa, que não é objeto do presente lançamento.



Portanto, visto que o citado erro não tem as características de essencial e indispensável ao lançamento que gerariam a nulidade, refuto a argumentação presente no recurso.

MÉRITO

O auto de infração decorre da constatação pela fiscalização que a empresa deixou de destacar em notas fiscais a retenção de 11%, que estava obrigada pelo parágrafo primeiro do artigo 31 da Lei 8.212/91.

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 1998).

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

A relação das notas fiscais sem destaque da retenção está apresentada à folha 6 e o período está compreendido entre 02/99 a 01/03, sendo que não são todos os meses do intervalo com notas sem destaque.

A empresa alega que recolheu as contribuições e que a falta foi cumprida com esses pagamentos.

Para fundamentar a discussão, deve-se apresentar o conceito de obrigação acessória e registrar a previsão legal de que o não cumprimento de obrigação acessória converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Para tanto, abaixo transcrevo artigo 113 do CTN.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.



Entendo estar claro que efetuar registros nas notas fiscais conforme determina a lei é obrigação tributária acessória e que o pagamento das contribuições não substitui os registros que a lei determina.

Entendo também que está bem caracterizado que a empresa emitiu nota fiscal sem destaque da retenção de 11% prevista no parágrafo primeiro do artigo 31 da Lei 8.212/91.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 8 de julho de 2010



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI – Relator