



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

**Processo n°** 14485.000036/2007-87  
**Recurso n°** 159.946 Voluntário  
**Acórdão n°** 2403-00.051 – 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**

Período de apuração: 01/09/2003 a 31/12/2006

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FOLHA DE PAGAMENTO DISTINTA POR TOMADOR. A empresa prestadora de serviço com cessão de mão-de-obra deve elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante

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

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 'C. Mees Stringari', written over a horizontal line.

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 – 15.336 - 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, ação fiscal, constatou que a empresa cedente de mão de obra deixou de elaborar folhas de pagamento distintas para cada obra de construção civil, por empresa contratante de serviço, nas competências de 01/2000 a 09/2000, 09/2003 a 12/2003, 01/2004 a 05/2004, 07/2004 a 09/2004, 11/2004, 12/2004, 01/2006, 02/2006 e 06/2006 a 12/2006.

Tal fato constitui infração ao artigo 31, parágrafo 5º, da Lei 8.212/91.

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 01 a 09/2000.
2. Houve erro formal pelo uso do código da Classificação Nacional de Atividades Econômicas — CNAE nº4521.7.
3. A empresa elaborou folha de pagamento para cada construção conforme documentos em anexo
4. A multa deve ser relevada pela correção da infração dentro do prazo da impugnação, somado ao fato da Autuada ser infratora primária e não constar ocorrências agravantes previstas no artigo 290 do RPS.

Finaliza o recurso requerendo preliminarmente a nulidade do lançamento pelo erro formal apontado, e, alternativamente a desconstituição do lançamento, em razão de ter sido operada a decadência do direito de lançar pretensão débito. No mérito, seja reconhecida a abusividade da multa aplicada, uma vez que foram elaboradas folhas de pagamento por construção conforme documentos acostados. Alternativamente, requer a relevação da multa pela correção da infração dentro do prazo da impugnação e por 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, por qualquer dos critérios adotados, considera-se decadentes as competências 01 a 09/2000. Ocorre que ainda persistem as ocorrências das competências 09/2003 a 12/2003, 01/2004 a 05/2004, 07/2004 a 09/2004, 11/2004, 12/2004, 01/2006, 02/2006 e 06/2006 a 12/2006 e 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 cedente de mão de obra deixou de elaborar folha de pagamento distinta para cada obra de construção civil, conforme obrigação estabelecida pelo parágrafo 5º 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).*

*§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).*

A empresa alega que elaborou as folhas de pagamento e apresenta documentos.

Analisados os documentos presentes neste processo é possível afirmar que não está comprovada a elaboração de folhas de pagamento distintas para cada contratante no período 9 a 12/2003, 1 a 5/2004, 7 a 9/2004, 11 e 12/2004, 1 e 2/2006 e 6 a 12/2006.

Nessas condições também não há que se aplicar a hipótese da relevação da multa.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 8 de julho de 2010



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Relator