



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

Processo nº 14485.000038/2007-76
Recurso nº 260.331 Voluntário
Acórdão nº **2403-000.833 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CONSTRUTORA HERMAN KLASING LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 15/12/2000 a 26/02/2003

PREVIDENCIÁRIO. VÍCIO FORMAL. NÃO RETENÇÃO DOS 11% NA CONTRATAÇÃO DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA, CONFORME PREVISÃO DO ART. 31 DA LEI N. 8.212/91. MULTA COM BASE NO ART. 92 DA LEI N. 8.212/91. RELEVAÇÃO DA MULTA. NÃO CABIMENTO.

Código CNAE vigente há época da fiscalização não enseja nulidade formal. Ademais, não é qualquer equívoco que anula um Auto de Infração, se ele não tornou incompreensível o auto de infração não há vício formal.

A empresa contratante deve reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura, se realizou algum serviço previsto nas listas constantes no art. 31, § 4º da Lei n. 8.212/91 e art. 219 § 2º do Decreto n. 3.048/99.

Só há atenuação da multa quando o contribuinte estiver inserido nas exigências do art. 291, § 1º do Decreto n. 3.048/99, bem como o fato tiver ocorrido antes da sua revogação.

Recurso Voluntário Provido em parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva.

Relatório

1. Trata-se de Auto de Infração lavrado por infringência ao artigo 31, *caput* da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98, combinado com o art. 219 do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99, uma vez que, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração (fls. 04), a empresa, na qualidade de tomadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra, deixou de efetuar a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas por diversos prestadores de serviços, no período de 15/12/2000 a 26/02/2003, conforme relacionadas no Relatório Fiscal de fls. 04.

1.1. A multa aplicada está prevista no art. 283, *caput* do Decreto 3.048/99, com valor atualizado pela Portaria MPS nº 142 de 11/04/2007, em função do disposto nos artigos 92 e 102, ambos da Lei nº 8.212/91 e art. 373 do Decreto 3.048/99. O montante da multa corresponde a R\$ 1.195,13 (um mil, cento e noventa e cinco reais e treze centavos), pertinente à infração, sem ocorrência de agravantes ou atenuantes (fls. 04 e 08).

DA IMPUGNAÇÃO

2. A autuada apresentou defesa tempestiva, fls. 22/30, acompanhada de procuração, contrato social e documentos (fls. 32/42), na qual narra a ação fiscal e alega, em síntese:

2.1. preliminarmente, a ocorrência da decadência do direito do Fisco cobrar a multa aplicada no período de 15/12/2000 a 27/04/2001, vez que já decorreu mais de cinco anos entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

2.2. alega que deve ser considerado o prazo decadencial de cinco anos previsto no CTN, pois as contribuições sociais possuem caráter tributário. Colaciona jurisprudência do STJ;

2.3. requer a nulidade do auto de infração por erro formal quanto à identificação do código CNAE (nº 4521.7), desativado pela Resolução nº 1/2006, sendo correto o código nº 41.20-4-00, sob o argumento que tal equívoco afronta o art. 10, incisos III e IV do Decreto 70.235/72 e ocasiona o cerceamento do direito de defesa da impugnante;

2.4. no mérito, insurge-se contra a lavratura do presente Auto em nome da autuada sob o fundamento de que deve ser aplicado o benefício de ordem, exigindo-se o cumprimento da obrigação acessória das empresas prestadoras dos serviços;

2.5. entende que o art. 31 da Lei 8.212/91 não transformou o contratante dos serviços em sujeito passivo da contribuição social, de forma que não tendo sido efetuada a retenção, o lançamento tributário não pode ser formalizado em nome do responsável;

2.6. afirma que o art. 31 da Lei 8.212/91 (e o inciso VI do art. 30) estabeleceu responsabilidade de terceiros da mesma natureza daquela prevista no inciso VI do art. 134 do CTN, ou seja, os terceiros só respondem solidariamente com o sujeito passivo

direto nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte;

2.7. continua argumentando que a responsabilização de terceiros pressupõe a impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação acessória pelo contribuinte. Invoca a Súmula 126 do extinto TFR e cita jurisprudência;

2.8. conclui que a fiscalização deveria ter sido realizada junto à prestadora, como determina a Ordem de Serviço MPS/INSS/DAF nº 83/93, razão pela qual entende que deve ser declarada a nulidade do Auto;

2.9. entende presentes todos os requisitos do §1º do art. 291 do Decreto 3.048/99, razão pela qual requer a relevação da penalidade aplicada;

3. Pelas razões expostas, requer, a impugnante, o acolhimento da preliminar suscitada para que seja declarada a nulidade do lançamento por erro formal e, no mérito, para que seja dado integral provimento à impugnação, determinando-se a relevação da multa aplicada.

3.1. Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em especial por prova documental complementar.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da impugnante, a 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo I – SP - DRJ/SPOI, emitiu o Acórdão nº 16-15.335, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Inconformada, a empresa interpôs Recurso Voluntário (fls. 57/68), com os mesmos argumentos de sua defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 54 e 57, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

A recorrente pleiteia que seja considerado nulo o Auto de Infração objeto da lide, por vício formal, sob o argumento de que ele está instruído com o código da Classificação Nacional de atividades Econômicas – CNAE, desativado desde 01/01/2007

Ocorre que, como bem frisou a DRJ no seu acórdão, consta o número vigente há época da fiscalização (01/01/1997 a 30/12/2006).

Ademais, mesmo que assim não fosse, não é qualquer falha que torna um Auto de Infração nulo, nesse sentido é pacífica a Doutrina e Jurisprudência.

Assim lecionam Marcos Vinícios Neder e Maria Teresa Martínez López (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 3ª edição, Dialética, 2010, pág. 65), *verbis*:

“Não resta dúvida, portanto, que o ato administrativo necessita de motivação. Entretanto, o cerne da discussão está em verificar os limites da fundamentação usada pela autoridade administrativa, isto é, se o fornecimento é suficiente ou não para a análise do caso, o que apenas pode ser verificado com o exame criterioso do ato em comento.

Ada Pellegrini Grinover sustenta ‘o princípio do prejuízo constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência a formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida’.

Nessa linha de raciocínio, são admitidas pequenas falhas formais no ato administrativo se não ficar caracterizado o prejuízo por elas causado. É o que se pode verificar na decisão da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a saber:

‘Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – Artigo 11 do Decreto 70.235/72 – Falta do Nome, Cargo e Matrícula do Expedidor – Ausência e Nulidade. 1. A falta de indicação, no

auto de notificação de lançamento fiscal expedido por meio eletrônico, do nome, cargo e matrícula do servidor público que o emitiu, somente acarreta nulidades no processo administrativo quando evidente o prejuízo causado ao contribuinte. 2. No caso dos autos, a notificação deve ser tida como válida, uma vez que cumpriu suas finalidades, cientificando o recorrente da existência do lançamento e oportunizando-lhe prazo para defesa. Embargos Infringentes improvidos.” (grifo nosso)

Portanto, levando-se em consideração que o objeto do Auto de Infração é o descumprimento de uma obrigação acessória, eventual equívoco num número que serve para a verificação do grau de risco das contribuições relativas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão da incapacidade laborativa, prevista no art. 22, II da Lei n. 8.212/91 que, em nada se relaciona com o objeto da lide, não deve ser motivo ensejador para a anulação do Auto de Infração.

Em outras palavras, não obstante o AI em tela não conter vício formal, pois o número do código CNAE utilizado foi o vigente no período da fiscalização, o Auto de Infração está fundamentado e cristalino, tanto que impugnado em todos os seus termos pela recorrente.

DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA

Ao contrário do que tenta fazer crer a recorrente, a obrigação instituída pelo art. 31 da Lei n. 8.212/91 não é principal e sim acessória, passível, portanto, de autuação por parte da Receita Federal. Assim como a empresa que forneceu o serviço de mão-de-obra e não destacou na nota fiscal o valor de 11% a ser retido.

Nesse sentido, o Auto de Infração objeto da lide está fundamentado de forma correta, pois há obrigatoriedade na retenção de 11% no valor da nota fiscal ou fatura, quando houver cessão de mão-de-obra, por parte da contratante, para fins de contribuição previdenciária.

Assim disciplinam o art. 31 da Lei n. 8.212/91, vigente há época e o art. 219 do Decreto n. 3.048/99, *verbis*:

Lei n. 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:

Decreto n. 3.048/99:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

Pelo descumprimento da supracitada obrigação acessória, com base nos arts. 92 e 102 da Lei n. 8.212/91, foi instaurada a multa prevista nos artigos 283 e 373 do RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99 e atualizado pela Portaria MPS n. 142 de 11/04/2007, no valor R\$ 1.195,13, *verbis*:

Lei n. 8.212/91:

Art. 92. A infração de qualquer dispositivo desta Lei para a qual não haja penalidade expressamente cominada sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, a multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), conforme dispuser o regulamento.

Art. 102. Os valores expressos em moeda corrente nesta Lei serão reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

Decreto n. 3.048/99:

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:

(...)

§ 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).

Art. 373. Os valores expressos em moeda corrente referidos neste Regulamento, exceto aqueles referidos no art. 288, são reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da previdência social.

Portaria Interministerial n. 142:

Art. 9º A partir de 1º de abril de 2007:

(...)

V - o valor da multa pela infração a qualquer dispositivo do Regulamento da Previdência Social - RPS, para a qual não haja penalidade expressamente cominada (art. 283), varia, conforme a gravidade da infração, de R\$ 1.195,13 (um mil cento e noventa e cinco reais e treze centavos) a R\$ 119.512,33 (cento e dezenove mil quinhentos e doze reais e trinta e três centavos);

Fica evidenciado que a empresa cometeu uma falha ao contratar o serviço de cessão de mão-de-obra e não reter os 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, conforme previsão do art. 31 da Lei n. 8.212/91.

DO PEDIDO DE RELEVACÃO DA MULTA

A recorrente pleiteia atenuação da pena, com base no art. 291, § 1º do Decreto n. 3.048/99, então vigente há época, *verbis*:

Art. 291. Constitui circunstância atenuante da penalidade aplicada ter o infrator corrigido a falta até a decisão da autoridade julgadora competente.

§ 1º A multa será relevada, mediante pedido dentro do prazo de defesa, ainda que não contestada a infração, se o infrator for primário, tiver corrigido a falta e não tiver ocorrido nenhuma circunstância agravante. (grifo nosso)

A recorrente, contudo, não demonstrou ter corrigido a falha no prazo da impugnação, exigência essencial para a atenuação da multa.

Por esse motivo, não deve ser aplicada a atenuação da multa.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Marcelo Magalhães Peixoto