

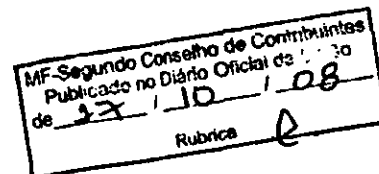


**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**SEXTA CÂMARA**

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 22 / 10 / 08  
Sílma Alves de Oliveira  
Mat.: Siape 877862

CC02/C06  
Fls. 739

<b>Processo nº</b>	10670.001256/2007-80
<b>Recurso nº</b>	144.569 Voluntário
<b>Matéria</b>	RETENÇÃO DE 11%
<b>Acórdão nº</b>	206-00.270
<b>Sessão de</b>	11 de dezembro de 2007
<b>Recorrente</b>	RIMA INDUSTRIAL S/A
<b>Recorrida</b>	SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2003

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CUSTEIO. NFLD. RELATÓRIO FISCAL. OMISSÕES. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL.

1. Nos termos do artigo 37, da Lei n. 8.212/91 e artigo 243 do RPS, o fiscal atuante ao promover o lançamento deve fundamentá-lo de forma clara e precisa, sob pena de nulidade do Auto de Infração.

2. O Relatório Fiscal tem por finalidade explicitar de forma clara e precisa todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório.

3. Violação ao inciso II, do artigo 59, do Decreto n. 70.235/72. Preterição ao direito de defesa.

4. Vício material.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COMO ORIGINAL	
Brasília, 22, 09, 08	CC02/C06 Fls. 740
Silma Ayres de Oliveira Mat.: Sape 877862	

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por voto de qualidade em anular, a NFLD, por vício material. Vencidas as conselheiras Ana Maria Bandeira, Bernadete de Oliveira Barros, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Cleusa Vieira de Souza, que votaram por anular a NFLD por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis.



ELIAS SAMPAIO FREIRE


Presidente



DANIEL AYRES KALUME REIS

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 22, 09, 108	
 Síma Alves de Oliveira Mat. Sispes 877882	

## Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

Informa o Relatório Fiscal (fls. 611/612) que os valores foram apurados sobre o valor dos serviços das notas fiscais emitidas por contratadas que prestaram serviços mediante cessão de mão-de-obra à notificada.

A empresa requereu a inclusão das contribuições ora lançadas no Parcelamento Especial previsto pela Lei nº 10.684/2003, situação vedada após o vencimento do prazo para a adesão ao referido parcelamento.

A auditoria fiscal alega que foram utilizados para apuração do crédito os Livros Diário e Razão, contratos e Notas Fiscais de Prestação de Serviços.

A notificada apresentou defesa tempestiva (fls. 616/624), onde alega que o pedido de inclusão no PAES foi tempestivo, ou seja, datado de 28/08/2003. Afirma que no momento da atuação do auditor, o débito encontrava-se incluído no PAES, pendente de consolidação. Entende que o Ofício 067/2005, emitido após a fiscalização objeto da presente NFLD, no qual é informado o indeferimento do pedido de inclusão das contribuições no PAES, é nulo por não atender ao princípio da motivação que norteia o ato administrativo.

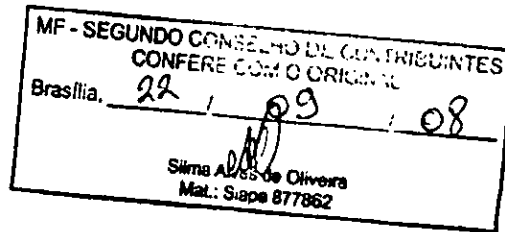
Pela Decisão-Notificação nº 11.424.4/149/2006 (fls. 709/712), o lançamento foi considerado procedente.

Irresignada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 715/719) efetuando a repetição das alegações apresentadas em defesa.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o Relatório.





## Voto Vencido

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e está desacompanhado do depósito recursal previsto no § 1º do art. 126 da Lei nº 8.213/1991, por força da liminar concedida em Mandado de Segurança nº 2006.38.13.010065-3. Assim, os requisitos para admissibilidade estão cumpridos.

Inicialmente, da análise dos relatórios que compõem os autos, sobretudo o Relatório de Lançamentos, verifica-se que uma variedade de serviços foram prestados à notificada e, quanto à natureza de tais serviços, cabe tecer algumas considerações.

A prestação de serviços que envolvem a cessão de mão-de-obra demanda a obrigatoriedade da tomadora em efetuar a retenção de 11% sobre o valor da Nota Fiscal/Fatura da contratada e o seu recolhimento. Entretanto, nem toda a prestação de serviço se reveste das características inerentes à cessão de mão-de-obra. Daí a necessidade de que auditoria fiscal fundamente o relatório fiscal com os argumentos que ensejaram sua convicção de que a prestação de serviço em questão se trata de cessão de mão-de-obra;

O ônus da prova, no caso, é a auditoria fiscal. A Lei nº 8.212/91 dispõe no § 3º do art. 33 a única hipótese em que ocorre a inversão do ônus da prova, in verbis:

*"Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do Art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do Art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.*

(...).

*§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal I- DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário "*

Caso não tenha ocorrido o disposto no parágrafo acima descrito, cabe à auditoria fiscal comprovar para cada uma das empresas prestadoras envolvidas a caracterização da cessão de mão-de-obra, não bastando a simples menção da ocorrência no Relatório Fiscal;

Cumprе ressaltar que o art. 219, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, estabelece em seu parágrafo 2º os serviços que realizados mediante cessão de mão de obra, sujeitam a contratante a figurar como responsável solidária pelas contribuições previdenciárias devidas, ou as torna obrigadas a efetuar a retenção dos 11%

MF - SEGUNDO CONTEÚMO DE CONTRIBUINTES CONFETIVO COM ORIGINAL
Brasília. 22 : 09 : 08
Silma Alves da Oliveira Mat.: Siage 877862

sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de serviços prestados, para os períodos posteriores 02/1999, conforme o art. 29, da Lei nº 9.711/1998. Tais serviços são os seguintes:

*"2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:*

*I - limpeza, conservação e zeladoria;*

*II - vigilância e segurança;*

*III - construção civil;*

*IV - serviços rurais;*

*V - digitação e preparação de dados para processamento;*

*VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;*

*VII - cobrança;*

*VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;*

*IX - copa e hotelaria;*

*X - corte e ligação de serviços públicos;*

*XI - distribuição;*

*XII - treinamento e ensino;*

*XIII - entrega de contas e documentos;*

*XIV - ligação e leitura de medidores;*

*XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;*

*XVI - montagem;*

*XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;*

*XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;*

*XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003).*

*XX - portaria, recepção e ascensorista;*

*XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;*

*XXII - promoção de vendas e eventos;*

*XXIII - secretaria e expediente;*

*XXIV - saúde; e*

*XXV - telefonia, inclusive telemarketing."*

O § 3º do mesmo artigo, por sua vez, dispõe o seguinte:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Sílma Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862
--

*"§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra".(g.n.).*

Da análise do dispositivo legal acima, verifica-se que os serviços elencados nos incisos de I a V, estarão sujeitos à retenção a partir de 02/1999, e em período anterior implicarão na responsabilidade solidária por parte do contratante, não importando se a contratação se dê por cessão de mão-de-obra ou empreitada;

Quanto aos demais serviços, entretanto, a retenção ou responsabilidade solidária só ocorrerá se efetivamente tais serviços forem prestados mediante cessão de mão-de-obra.

Dentre os serviços prestados à notificada constatei dentre outros os seguintes: serviço de retirada de sucata, serviço de transporte de lenha, minérios e funcionários, serviço de carvoejamento, prestação de serviços na área de produção de ferros-liga, serviços prestados por pá-carregadeira, transporte interno de materiais, matéria prima, insumos, serviços de montagem e manutenção mecânica, serviços de corte de lenha, dentre outros.

Embora também se verifique no citado relatório a existência de serviços de limpeza e manutenção, bem como de construção civil, sobre os quais incidiria a retenção independente da forma de prestação, para os demais serviços não estão claras as razões pelas quais o auditor fiscal entendeu que houve a cessão de mão-de-obra.

Assim, entendo que na formalização do lançamento ocorreu vício consubstanciado na insuficiente descrição do fato gerador, razão pela qual o presente lançamento não pode subsistir na forma como foi realizado.

Nesse sentido voto para ANULAR O PRESENTE LANÇAMENTO POR VÍCIO FORMAL.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2007

  
ANA MARIA BANDEIRA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERENCIADO COMO ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Sílma Alves de Oliveira Mat.: Sisepe 877862	CC02/C06 Fls. 745
---	----------------------

## Voto Vencedor

Conselheiro DANIEL AYRES KALUME REIS, Relator

A ilustre Conselheira Relatora, Dra. Ana Maria Bandeira, entendeu por declarar a nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, por vício formal, ante a seguinte constatação, in verbis:

*"A prestação de serviços que envolvem a cessão de mão-de-obra demanda a obrigatoriedade da tomadora em efetuar a retenção de 11% sobre o valor da Nota Fiscal/Fatura da contratada e o seu recolhimento. Entretanto, nem toda a prestação de serviço se reveste das características inerentes à cessão de mão-de-obra. Daí a necessidade de que auditoria fiscal fundamente o relatório fiscal com os argumentos que ensejaram sua convicção de que a prestação de serviço em questão se trata de cessão de mão-de-obra;"*

Todavia, apesar de concordar com a fundamentação exposta no voto, entendo que a nulidade da NFLD deve ser declarada por vício material e não por vício formal, conforme destacado pela Conselheira Relatora.

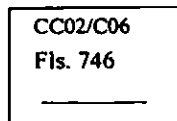
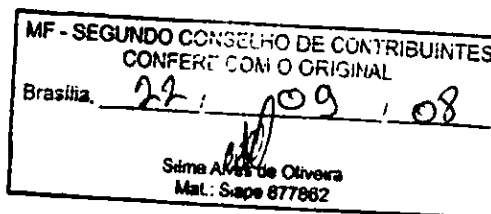
Isto porque a i. auditoria fiscal ao promover o lançamento, não explicitou de forma clara e precisa no Relatório Fiscal as características inerentes à cessão de mão-de-obra, para a incidência da contribuição social, o que acarretou em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

O artigo 37, da Lei n. 8212/91 e o artigo 243 do Decreto n. 3048, determinam o seguinte:

*"Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.*

*Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições sociais e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes." (sem grifos no original).*





Ao proceder de forma omissa, deixando de demonstrar no Relatório Fiscal de maneira clara e precisa as irregularidades cometidas pelo Contribuinte, o ilustre fiscal autuante incorreu em vício insanável, cerceando o direito de defesa da autuada, ensejando a nulidade do Auto de Infração, conforme legislação de regência e pacífica jurisprudência deste Conselho de Contribuintes.

Diz o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988:

*"LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes."*

Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2005, pg. 366, assim se manifesta a respeito da questão, *in verbis*:


*"(...).*

*O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.*

*Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como já ressaltado, são garantias constitucionais destinadas a todos os litigantes, inclusive nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor."*

Alberto Xavier, *in* Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pgs. 5/10, se manifesta no seguinte sentido:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	22, 09, 08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sisape 877862	

“§ 2º AMPLA DEFESA

Devido processo legal

(...).

*Direito de defesa e contraditório são, por seu turno, manifestações do princípio mais amplo do 'devido processo legal' (due process of law) consagrado no XIV aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, cuja seção 1ª, 2ª frase assegura que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo e disciplinado por lei'. Como diz Pedro Machete 'o significado imediato deste direito constitucionalmente reconhecido (e, portanto, vinculativo para todos os Estados) é a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (fair procedure). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de confrontar as posições dos adversários (confrontation and cross-examination).*

*Direito de Audiência*

*O direito de ampla defesa reveste hoje a natureza de um direito de audiência (Audi alteram partem), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir conseqüências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo, sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.*

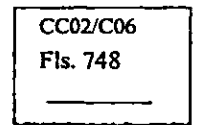
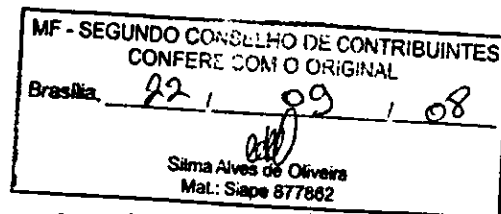
(...).

*O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico 'parte' no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios. Todavia, nem todo o direito de participação procedimental visa a finalidade garantística de defesa, podendo também, desempenhar a função de colaboração democrática dos cidadãos, individualmente ou associados, na própria formação das decisões administrativas, segundo um modelo de 'administração participada': a primeira é uma participação defensiva ou garantística; a segunda, uma participação informativa ou democrática.*

§ 3º CONTRADITÓRIO

*O princípio do contraditório encontra-se relacionado com o princípio da ampla defesa por um vínculo instrumental: enquanto o princípio da ampla defesa afirma a existência de um direito de audiência do particular, o princípio do contraditório reporta-se ao modo do seu exercício. Esse modo de exercício, por sua vez, caracteriza-se por dois traços distintos: a paridade das posições jurídicas das partes no procedimento ou no processo, de tal modo que ambas tenham a*





*possibilidade de influir, por igual, na decisão ('princípio da igualdade de armas'); e o caráter dialético dos métodos de investigação e de tomada de decisão, de tal modo que a cada uma das partes seja dada a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra."*

Patente, portanto, o cerceamento de defesa no presente caso.

Por outro lado, o Decreto n. 70.235/72, no seu artigo 59 prevê as nulidades por vícios insanáveis. Veja-se.

### "CAPÍTULO III

#### *Das Nulidades*

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.*

*§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*

*§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)."*

No presente caso, entendo que o defeito na constituição do crédito tributário inobservou o direito de defesa do Contribuinte, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto n. 70.235/72, **razão pela qual deve ser reconhecida nulidade por vício material.**

No mesmo sentido, transcrevem-se julgados deste Egrégio Conselho de Contribuintes que corroboram a argumentação da existência de vício material:

*"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por conseqüência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação. No caso em análise, havia possibilidade de conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas, posto que complexas." (Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003).*



Processo n.º 10670.001256/2007-80  
Acórdão n.º 206-00.270

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 22 de 09 de 08  
Sílma Alves de Oliveira  
Mat.: Sape 877862

CC02/C06  
Fls. 749

*“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência.” (Recurso n. 132.213, Acórdão n. 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002).*

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso e ANULAR A NFLD POR VÍCIO MATERIAL.



DANIEL AYRES KALUME REIS