



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

**Processo n°** 10805.001401/2007-50  
**Recurso n°** 146.424 Voluntário  
**Matéria** RETENÇÃO  
**Acórdão n°** 206-00.916  
**Sessão de** 04 de junho de 2008  
**Recorrente** QUALY TOOLS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA  
**Recorrida** SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/06/2005

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.
5. Precedentes do Conselho de Contribuintes.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos em anular a NFLD; II) por maioria de votos em declarar a nulidade por vício material. Vencidas as Conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros (Relatora) e Ana Maria Bandeira, que votaram por declarar a nulidade por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente a declaração de nulidade por vício material, o Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

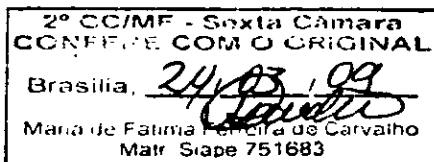
Presidente



DANIEL AYRES KALUME REIS

Relator-Designado

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



## Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, referente à obrigação do contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviço.

Conforme Relatório da NFLD (fls. 16 a 18), a recorrente contratou serviços junto à empresa Fortin Assessoria em Terceirização de Serviços S/C LTDA, no período de 09/2003 a 04/2004; 07/2004 a 12/2004; 03/2005; 05/2005 e 06/2005.

A autoridade notificante informa que o montante das contribuições lançadas teve por base as notas fiscais de prestação de serviços e os Livros Diário e Razão dos exercícios de 2003 a 2005.

A recorrente impugnou o débito via peça de fls. 33 a 61, e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN n° 21.434./0271/2006 (fls. 64 a 74), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada recorreu tempestivamente ao CRPS (fls. 84 a 113), arrolando bens para garantir o seguimento do recurso e, no mérito, repetindo as alegações trazidas na impugnação.

Reitera que é inexistente a cessão de mão-de-obra nos serviços de digitação e processamento de dados, cobranças, transporte de cargas e passageiros, saúde, telefonia e telemarket, entre outros, dependendo do caso, e, por não se enquadrarem no conceito legal de empresa prestadora de serviço mediante cessão de mão-de-obra, as empresas referidas não podem ser atingidas pelo determinado pelo disposto no art. 31, da Lei 8.212/91.

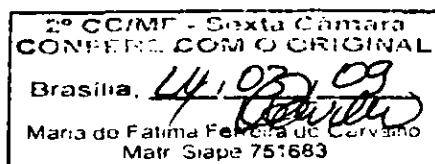
Defende, ainda, que os juros e a multa moratória possuem efeito confiscatório, pois superam o próprio montante original da dívida, e que a utilização da Taxa Selic é inconstitucional.

Repete que é totalmente ilegal a cobrança da multa ao patamar aplicado na CDA, eis que deveria ser aplicada multa na conformidade da Lei 9.430/96, em atendimento ao princípio da isonomia e que a taxa SELIC possui natureza de juros remuneratórios, e não moratórios.

A SRP não apresentou contra-razões.

É o Relatório.





## Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e a recorrente está dispensada de efetuar o depósito recursal não havendo, portanto, óbice para seu conhecimento.

Inicialmente, a notificada alega que é inexistente a cessão de mão-de-obra nos serviços de digitação e processamento de dados, cobranças, transporte de cargas e passageiros, saúde, telefonia e telemarket, entre outros, dependendo do caso, e, por não se enquadrarem no conceito legal de empresa prestadora de serviço mediante cessão de mão-de-obra, as empresas referidas não podem ser atingidas pelo determinado pelo disposto no art. 31, da Lei 8.212/91.

Verifica-se, da leitura do Relatório Fiscal, que o AFPS foi omissivo em relação ao tipo do serviço prestado. A autoridade notificante não esclarece, por exemplo, se os serviços prestados são contínuos ou se a mão-de-obra empregada está à disposição da recorrente e submetida a seu comando. Não há nos autos cópias das notas fiscais com a descrição dos serviços ou referência ao local da prestação dos serviços, se nas dependências da notificada ou de terceiros.

A auditoria lançou os valores das contribuições que julgou devidas em virtude da falta de retenção, pela notificada, de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas pela empresa contratada, conforme art. 31 e § 5º do art. 33, da Lei 8212/1991.

Porém não indicou em quais elementos se baseou para enquadrar os serviços prestados pela Fortin Assessoria em Terceirização de Serviços S/C Ltda no conceito legal de cessão-de-mão de obra, prejudicando o notificado, em seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

O instituto jurídico da cessão de mão-de-obra encontra-se definido no § 3º do art. 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98:

*"Parágrafo 3.º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."*

O § 4º do mesmo artigo relaciona os serviços que se enquadram no conceito de cessão de mão de obra:

*"§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98).*

*I - limpeza, conservação e zeladoria;*

*II - vigilância e segurança;*

*III - empreitada de mão-de-obra;*

*IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974."*

Como somente serão alcançados pela obrigação tributária da retenção os serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra, a autoridade lançadora deveria indicar os elementos de convicção que a levaram a enquadrar os serviços prestados na definição legal transcrita acima.

Ora, o crédito lançado deverá sempre ser envolvido em cuidados especiais, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção, permitindo, principalmente, o exercício da ampla defesa do contribuinte.

O art. 37, da Lei 8.212/91 determina que:

*"Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento das 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." (grifo nosso).*

O que se questiona é a falta de motivação e clareza do Relatório Fiscal. O agente notificante não indicou os elementos que o levaram à convicção de que existiu cessão de mão de obra nos serviços prestados pela Fortin, se restringindo a citar os dispositivos legais que amparam o lançamento.

No entanto, como ato administrativo, o lançamento deve estar devidamente motivado, afim de que o particular possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude.

E, para exigir o cumprimento da obrigação tributária, a autoridade fiscal, a quem compete o lançamento do crédito previdenciário, deveria ter feito constar, no Relatório fiscal, o motivo pelo qual entende que os serviços prestados se enquadram no conceito legal de cessão de mão-de-obra. A omissão relatada viciou todo o lançamento, impondo sua nulidade.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

Voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO e ANULAR A NFLD.**

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2008

*Bernadete de Oliveira Barros*  
BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

## Voto Vencedor

A ilustre Conselheira Relatora, Dra. Bernadete de Oliveira Barros, entendeu por declarar a nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, por vício formal.

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 atuante incorreu em vício insanável, cerceando o direito de defesa da atuada, ensejando a nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, conforme legislação 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 permitam 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:

#### "§ 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."*

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 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 vicio 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 NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO POR VÍCIO MATERIAL.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2008

  
DANIEL AYRES KALUME REIS