



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

Processo nº 13502.000336/2008-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-00.968 – 3ª Turma Especial
Sessão de 24 de agosto de 2011
Matéria CP: CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente CARAÍBAS METAIS E OUTROS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1993 a 01/07/1998

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SOLIDARIEDADE.

NOTIFICAÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA TOTAL. RECONHECIMENTO. NOTIFICAÇÃO SUBSTITUTIVA. NOTIFICAÇÃO SUBSTITUÍDA. VICIO MATERIAL.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a). em razão da decadência do lançamento.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 35.897.490-9, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos empregados da empresa prestadora de serviços com cessão de mão de obra, relativamente a parte patronal, contribuição do segurado, SAT, que prestaram serviços à notificada, em razão do instituto da solidariedade, artigo 31, da Lei 8.212/91, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 92 a 107, com período de apuração de 01/1992 a 04/200, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 54 a 57.

A NFLD ora em comento é substitutiva na NFLD 32.615.880-4, que foi anulada pelo Acórdão 216/2003, do CRPS, conforme subitem 2.2., do REFISC.

O sujeito passivo Caraíbas Metais foi cientificado da notificação, em 30/12/2005, Folha de Rosto da Notificação Fiscal – FR, fls. 01.

O sujeito passivo Trasmundial Transportes Ltda foi cientificado do lançamento por Edital, fls. 256, publicado no Jornal A Tarde, em 25/05/2006.

O contribuinte Trasmundial Transportes Ltda não apresentou defesa/impugnação, fls. 257.

O contribuinte Caraíbas Metais apresentou sua defesa/impugnação, em 16/01/2006, as fls. 226, espelho de protocolo do sistema SIPPS, sendo a petição e as razões de defesa juntadas, as fls. 227 a 246, que foi acompanhada dos documentos, de fls. 247 a 253.

A defesa apresentada foi considerada tempestiva, fls. 254.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação - DN Nº 04.401.4/0362/2006, fls. 258 a 273, em 15/09/2006. No qual o lançamento foi considerado procedente.

Os contribuintes tomaram conhecimento deste decisório, em 23/06/2007, Caraíbas Metais, AR, de fls. 275, e Trasmundial Transportes Ltda, por Edital no DOU, de fls. 335.

Irresignado o contribuinte Caraíbas Metais impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 279 e 280, e razões recursais, as fls. 281 a 303, acompanhado dos documentos, de fls. 305 a 335, as alegações estão assim resumidas.

Preliminarmente –

- Que ocorreu decadência, tal prazo é de cinco anos e não dez, e que esta não pode ser interrompida, ainda, que haja erro formal no lançamento anterior; cabendo a aplicação do artigo 173, I, do CTN;

Mérito –

-
- Que o crédito foi atribuído a recorrente em razão de solidariedade na cessão de mão de obra;
 - Que não ocorre a cessão de mão de obra, pois os serviços não são contínuos e nem os trabalhadores ficam a disposição do contratante;
 - Que o embarque, carga e descarga eram efetuados em horários pré-definidos com destino definido, tudo no contrato;
 - Que não há subordinação entre os funcionários da contratada e a contratante, mas sim relação jurídica entre a contratante e contratada, ocorrendo prestação de serviços puro, mas não com cessão de mão de obra;
 - Finaliza requerendo: a) acolhimento da preliminar de nulidade; ou b) a declaração de improcedência e insubsistência, com o cancelamento da notificação.

A recorrente não realizou o depósito recursal, mas aparentemente está amparada por decisão em MS 2007.33.00.013832-0, de fls. 332 a 334.

O Recurso Voluntário da Caraíbas foi considerado tempestivo, fls. 338.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 338.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme AR e Edital, de fls. 272 e 335, datado, respectivamente, de 23/06/2007 e 26/08/2007, e extrato de protocolização do sistema SIPPS, de fls. 278, datado de 20/07/2007, a tempestividade, também, foi reconhecida, as fls. 338.

Em Preliminar.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002.

Neste diapasão apresenta-se, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária, fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem. Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, tem-se no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos do subscritor).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. No presente caso o depósito recursal foi afastado pela decisão em MS 2007.33.00.013832-0, e, desta forma, tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica admito o presente recurso.

Registre-se, ainda, por oportuno que o depósito recursal foi extinto pelo MP 413/2008 convertida na Lei 11.727/2008.

A alegação de decadência encontra eco na legislação, uma vez que depois de proferida a decisão pela autoridade julgadora *a quo* o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar a Súmula Vinculante N° 08/2008, abaixo transcrita:

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”.

E conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 tal norma 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.

Contudo, embora, argüida como preliminar tal questão leva a resolução de mérito da causa, sendo antecedente lógico. Esclareço, ainda, que reconheço a ocorrência da decadência, por fundamentos diversos o alegado pela recorrente, a seguir esclarecido.

A presente notificação é substitutiva da Notificação Fiscal 32.615.880-4, lavrada, em 18/12/1998, a qual foi objeto de dois julgamentos no Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, segundo o trecho abaixo transcrito, do Acórdão 216/2003 - 2ªCaJ do CRPS, datado, de 31/10/2003, da lavra do Cons. Luiz Antônio de Faria Grangeiro.

Retorna o presente após o Acórdão n.º 002757/2002, desta CaJ, fls. 302, que deu provimento parcial ao Recurso, em vista de Pedido de Revisão apresentado pelo INSS.

O Acórdão supramencionada entendeu pela nulidade do lançamento anterior sob o fundamento de cerceamento de defesa e aplicou a regra do artigo 173, II, da lei 5.172/66. Porém tal *decisum* não qualificou expressamente o vício se formal ou material, silenciando a respeito.

Em diversas oportunidade manifestei-me neste colegiado no sentido de não caber ao novo julgador e caso de nulidade como este fazer novo juízo de valor sobre o tipo de vício em respeito e prestígio a decisão anterior.

Entretanto, no presente caso a situação tem peculiaridades, pois a decisão anterior não qualifica o tipo de vício, cita apenas o cerceamento de defesa e a possibilidade de relançamento, com fundamento no artigo 173, II, do CTN.

Esta decisão, ainda, diz que:

Caberia sim ao INSS configurar a existência da cessão de mão-de-obra com relação a cada um dos contratos e serviços relacionados com a NFLD em pauta, possibilitando que a Recorrente concordasse ou pudesse contestar satisfatoriamente o que deveria ter sido apresentado.

Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Verifica-se dos excertos citados que em realidade o que se deixou de fazer foi comprovar a ocorrência do fato gerador em si, haja vista que não ficou configurada a cessão de mão de obra nos termos do artigo 31, da Lei 8.212/91, na redação em vigor, na época dos fatos.

A não configuração do fato gerador não resulta em nulidade por cerceamento de defesa, mas, sim, em nulidade do lançamento, pois não atendido o artigo 142, *caput*, da Lei 5.172/66, o que ofende ao artigo 37, *caput*, da CF/88, o que se resume em ausência de lançamento, consubstanciando o vício material apresentado, nos termos expressos as seguir.

Já o vício material, diz respeito à existência da dívida, como não-ocorrência do fato gerador; sujeito passivo incorreto; sujeito ativo incorreto, (...). No vício material, a dívida que a Fazenda Pública alega existir, na verdade, não existe, (...)."¹

No presente caso NFLD 35.897.490-9 o Relatório Discriminativo Sintético do Débito – DSD, de fls. 09 a 11, informa que o período lançado compreende as competências de 05/1995 a 12/1997, de forma descontínua, isto é, intermitente.

A Folha de Rosto da Notificação fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, fls. 01, informa que o suposto crédito substitutivo foi lançado, em 30/12/2005, suposto, pois não se substituiu o que não existia.

Logo, entre a última competência lançada e a data de lançamento destes autos havia decorrido 07 anos 09 meses e 29 dias. Desta forma, seja pela contagem do artigo 150, 4º ou 173, I, ambos, do CTN, a decadência estava consumada e o direito de lançar extinto.

¹ Anselmo Souza¹⁰, citado em HABLE, José. Decadência tributária: vício de forma e vício de competência. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12104>>. HABLE, José é auditor tributário da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, graduado em Agronomia pela UFPR, Administração de Empresas pela FAE e em Direito pela CEUB, pós-graduado em Direito Tributário pelo ICAT, mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB, professor de Direito Tributário. É autor do livro: "A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo".

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**, em razão do reconhecimento da decadência, por fundamento distinto do arguido, declarando o lançamento improcedente e extinguindo o crédito lançado.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

XX

ANEXO AO ACÓRDÃO 2803-00.968

Acórdão do CRPS que resultou na nulidade o primeiro lançamento por este substituído, extraído do site www.previdencia.gov.br.

02ª CaJ - Segunda Câmara de Julgamento

Documento: 0032.615.880-4
Tipo do Processo: DÉBITO
Unidade de Origem: DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC
Nº de Protocolo do Recurso: 44000.002286/2003-94
Recorrente(s): CARAIBA METAIS S/A
Recorrido(s): INSS
Assunto/Espécie Benefício: CAMPO EM BRANCO - PROVISORIAMENTE
Data de Entrada no(a) JR/CRPS: 09/10/2003
Relator(a): LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

Relatório

Retorna o presente após o Acórdão n.º 002757/2002, desta CaJ, fls. 302, que deu provimento parcial ao Recurso, em vista de Pedido de Revisão apresentado pelo INSS.

Conforme já relatado, trata a presente NFLD, lavrado em 21 JAN 99, de Contribuições Sociais destinadas ao custeio da Previdência Social e Terceiros, parcela empresa (Empresa/SAT) e empregados, incidente sobre a remuneração da mão-de-obra cedida à Recorrente através da contratação de prestação de serviços e a ela imputado por solidariedade, vide Art. 31, da Lei 8.212/91. O débito é referente as competências 12.96, 01, 11 e 12.97 e 05.98 e foi apurado com base em nota fiscal de serviço, tudo conforme consta do Relatório Fiscal.

A NFLD foi retificada, ocasião em que foram excluídas as contribuições destinadas aos Terceiros.

Cabe informar que contra a Recorrente foram lavradas diversas NFLD's com o mesmo objeto e que foram julgadas pela 2ª e 4ª CaJ/CRPS, que proferiram

decisões divergentes. Tendo em vista se tratarem de processos conexos, foi determinado pelo Presidente do CRPS, que todos os processos fossem encaminhados à 2ª CaJ/CRPS.

O Pedido de Revisão tem fundamentação a existência de cessão mão-de-obra.

É o Relatório.

Brasília - DF, 21/10/2003

LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO
Representante dos Trabalhadores

Inclusão em Pauta

Incluído em Pauta no dia 2003-10-28 para sessão nº 39/2003 de 2003-10-31 às 930

Voto

Inicialmente deve ficar registrado que apesar do INSS não ter dado ciência à Caraíba de seu pedido de revisão e nem oportunizado a apresentação de contra-razões, apresentarei o voto abaixo com o propósito de padronizar todas as decisões referentes as NFLD's lavradas contra a Caraíba Metais S/A, decorrentes de solidariedade do Art. 31, da Lei 8.212/91, lavradas em 21 JAN/99. Entendimento sintetizado no § 3º, do Art. 28 da Portaria MPAS, 357/2002.

Do Cerceamento de Defesa

Como já dito, contra a Recorrente foram lavradas mais de duas centenas de NFLD's, decorrentes da solidariedade na contratação da prestação de serviços com cessão de mão-de-obra.

Nas primeiras NFLD's por mim julgadas neguei provimento ao recurso. Posteriormente, quando do julgamento de outras NFLD's passei a solicitar a realização de diligência para que o INSS se manifestasse com relação a refiscalização - período anterior a 11.95, bem como evidenciasse de forma mais precisa a existência da cessão de mão-de-obra. Assim, por iniciativa própria, o INSS adotou a diligência determinada pela 2ª CaJ/CRPS, como regra, e então instruiu todos os processos com os respectivos contratos e notas fiscais.

Aqui cabe realçar que as manifestações do INSS por ocasião da diligência limitaram-se a reafirmar a tese da terceirização das atividades normais da empresa e a citação de conceitos relacionados sobre a cessão de mão-de-obra, deixando de fazer a correlação entre a documentação juntada e a caracterização da cessão de mão-de-obra. O INSS chegou a se manifestar em seu pronunciamento que os dois primeiros pressupostos básicos do conceito de cessão de mão-de-obra (colocação à disposição do contratante, nas suas dependências ou de terceiros) estariam "demonstrados de forma inequívoca e pacífica nos contratos", sem, entretanto, especificar sequer um contrato (fls., cláusula ou outro) em que obteve tal certeza.

A situação é complexa e não se pode perder de vista que não é a simples contratação de um serviço que traz à solidariedade. Esta decorre tão somente da prestação de serviço onde se verifica a existência de cessão de mão-de-obra.

O próprio INSS reconhece em seus atos normativos, que o elenco das atividades que comportam cessão de mão-de-obra especificados na legislação previdenciária (lei e decreto) é meramente exemplificativo, "ou seja, **pode haver** cessão de mão-de-obra nas atividades arroladas assim como em qualquer outra, desde que haja enquadramento no conceito de cessão de mão-de-obra". (grifei) - Manual de Fiscalização - MAFISC (Fonte: Sislex)

Daí decorre a necessidade de uma maior precisão na afirmativa do INSS, de que os contratos e serviços relacionados com as NFLD's comportam cessão de mão-de-obra. Não é a presunção de legitimidade da afirmativa fiscal que possibilita o exercício do amplo direito de defesa e sim a motivação e a explicitação que for apresentada. Como poderia a Recorrente se contrapor a afirmativa da existência da cessão de mão-de-obra, se o INSS não apontou, de forma concreta, de onde extraiu tais conclusões. A simples tese de terceirização das atividades normais da empresa não basta, até porque não ficou evidenciado que todos os contratos decorrem das "tais atividades normais".

Voltamos aos procedimentos adotados por esta CaJ, quando do julgamento de outras NFLD's: ocasião em que este Relator passou a analisar os documentos apresentados pelo INSS, buscando, caracterizar através da referida documentação a cessão de mão-de-obra.

Hoje, quando do julgamento de novos processos - conexos, instruídos de forma semelhante, e após diversas discussões com meus pares, entendo que tal procedimento foi equivocado, posto que substituí, ainda que com deficiências, atribuição do INSS. Caberia sim ao INSS configurar a existência da cessão de mão-de-obra com relação a cada um dos contratos e serviços relacionados com a NFLD em pauta, possibilitando que a Recorrente concordasse ou pudesse contestar satisfatoriamente o que deveria ter sido apresentado.

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério refaça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que

cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

-

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão nº 02/002757/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Brasília - DF, 21/10/2003

LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO
Representante dos Trabalhadores

Voto Divergente

VOTO DIVERGENTE (VENCIDO)

Lira Maria Lopes

Representante do Governo

Com a devida vênia dos demais Conselheiros, passei a adotar entendimento convergente com o exposto por outro Conselheiro desta E.Câmara, proferido em julgamentos anterior desta mesma empresa, o qual adoto e transcrevo a seguir:

"Em que pese o costumeiro acerto do Ilustre Conselheiro Relator, permito-me divergir do seu entendimento de que a NFLD não se encontra regularmente motivada.

Não há como discordar do seu entendimento de que a Autarquia tem o dever de expor os motivos pelos quais está praticando o ato de lançamento fiscal.

Nesse sentido, assevera o artigo 50, *caput* e inciso II da Lei nº 9.784/99:

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;"

Ao que se vê, a legislação em apreço insculpiu princípio, paulatinamente defendido pela doutrina pátria, de que o ato administrativo, além de legalmente fundamentado, deve ser motivado.

Nesse sentido leciona Hely Lopes Meirelles que (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores: São Paulo, 2.003, p. 149):

"O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo."

O saudoso jurista prossegue lecionando que (*Op. Cit.*, pp. 193-194):

"A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. (...) "

"Por aí se conclui que, quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado."

Em se tratando de lançamento fiscal, o artigo 142 do Código Tributário Nacional não deixa dúvidas de a motivação se refere à verificação pelo agente fiscal da ocorrência do fato gerador.

Noutras palavras, o lançamento fiscal somente encontra motivação quando evidenciado que os fatos da realidade configuram o fato gerador da obrigação tributária, autorizando, destarte, sua prática.

No entanto, discordo do seu entendimento de que, no caso de cessão de mão-de-obra, está a Autarquia obrigada a verificar se as atividades contratadas pela empresa se subsumem ao conceito definido pelo art. 31, § 2.º da Lei n.º 8.212/91 (em sua redação original ou naquela modificada pelas Leis n.º 9.032/95, 9.129/95 e 9.528/97), ou, se for o caso, pelo § 3.º com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98.

Ao meu ver, a legislação previdenciária conferiu à Autarquia o direito de presumir que determinadas atividades se caracterizam como cessão de mão-de-obra, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Reportemo-nos aos referidos dispositivos legais.

Prescrevia o art. 31, § 2.º em sua redação original e posteriores modificações que:

§ 2º 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 direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28/04/95).

§ 2º 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 não relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.129, de 20/11/95).

§ 2º Exclusivamente 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 atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela MP 1.523-7, de 30/04/97 e reeditada até a MP 1.523-13, publicada, em 23/10/97 - Republicada na MP nº 1.596-14 de 10/11/97 convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97).

Por sua vez, prescreve o art. 31, §§ 3.º e 4.º que:

§ 3º 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.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços.

Ao que se vê, o legislador infraconstitucional ocupou-se em definir o conceito de cessão de mão-de-obra e, junto a ele, descreveu determinadas atividades que se enquadram na hipótese definida em lei.

E qual o motivo da descrição destas atividades?

Porque, via de regra, são desenvolvidas em conformidade com a hipótese definida na legislação.

O simples fato delas se encontrarem descritas na legislação previdenciária e na sua regulamentação não leva à convicção plena de que foram desenvolvidas mediante cessão de mão-de-obra. Longe disso.

Trata-se apenas de presunção conferida pelo legislador em favor da Autarquia, nada obstando a empresa de fazer prova do contrário.

Assim, no caso de cessão de mão-de-obra, pode a Autarquia inferir que determinada atividade se subsume à hipótese legal, quando descrita na Lei n.º 8.212/91 ou na sua regulamentação (Decretos n.º 356/91, 612/92, 2.173/97 e 3.048/99)

Fora destas hipóteses, o ônus probatório se inverte, cabendo à Autarquia fazer prova de que a atividade contratada pela empresa se constitui em cessão de mão-de-obra.

E mais, afirmar que a legislação previdenciária não confere à Autarquia direito de presumir determinada situação de fato (no caso, a cessão de mão-de-obra), é ignorar a sistemática adotada pelo legislador ao definir a cobrança da contribuição destinada ao financiamento do SAT.

Assevera o art. 202, § 4.º do Decreto n.º 3.048/99 que:

"Art. 202...

§ 4º A atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V."

Ao que se vê, a atividade preponderante da empresa é definida em razão da Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE), relacionada no Anexo V.

Embora acredite que ela tenha sido criada mediante rígidos critérios, não há dúvidas de que a CNAE define o grau de risco em razão da presunção de que determinada atividade econômica oferece um respectivo grau de risco.

Nada obsta, portanto, que a empresa prove que sua classificação não corresponde ao risco de acidente do trabalho realmente existente em sua atividade econômica preponderante, procedimento este previsto no art. 203 do Decreto n.º 3.048/99.

No entanto, nada impede que a Autarquia presuma a existência de determinado grau de risco em razão do CNAE da empresa.

Estas são as razões que me levam a concluir que a NFLD está regularmente motivada neste tocante, não se justificando a decretação de sua nulidade sob tal fundamento.

DISPOSITIVO

Processo nº 13502.000336/2008-29
Acórdão n.º **2803-00.968**

S2-TE03
Fl. 352

Voto pela rejeição desta preliminar, devendo o julgamento adentrar no exame do mérito.

É como voto."

Isto posto,

Voto pela rejeição do entendimento acerca da preliminar de cerceamento de defesa, devendo o julgamento adentrar no exame do mérito.

Brasília - DF, 21/10/2003

LIRA MARIA LOPES
Representante do Governo

Decisório

Nº do(a) Acórdão: 216/2003

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em sessão realizada hoje, ACORDAM os membros da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRPS, por unanimidade, em CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e, no mérito, por unanimidade, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão nº 02/002757/2002. Em substituição àquele, ACORDAM os membros da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRPS, por unanimidade, em CONHECER DO RECURSO do contribuinte para, então, por unanimidade, ANULAR A NFLD, na forma do voto do(a) Relator

Brasília - DF, 31/10/2003

MARIO HUMBERTO CABUS MOREIRA
Sem Função
02ª CaJ - Segunda Câmara de Julgamento.