



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

Processo n° 13502.001221/2007-71
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-01.213 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CARAIBA METAIS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1995 a 31/12/1997

DECADÊNCIA

Quando o lançamento anterior é anulado por vício formal, o termo a quo para contagem da decadência passa a ser a data que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o crédito anteriormente constituído.

SOLIDARIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, reconhecendo a anulação do lançamento original por vício material, o que resulta em decadência total do lançamento presente. Vencidos o relator Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ivacir Julio de Souza. Fez sustentação oral a advogada da recorrente Dra. Marluzi Andrea Costa Barros – OAB 896-B/Bahia.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – CARAÍBA METAIS SA. contra Acórdão nº 15-23.082 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador – BA, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº. 37.054.679-2**, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 43.081,19.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT, do período de 03/1995 a 12/1997.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 74 a 92, **a presente NFLD nº 37.054.679-2, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.814-6, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 2402, de 23.01.2003.**

Anote-se que **uma séries de lançamentos relacionados à responsabilidade solidária tendo a empresa CARAÍBA METAIS S/A como sujeito passivo foi anulado no CRPS, inclusive o referente à NFLD 32.615.814-6, sendo que no corpo da decisão do Acórdão do CRPS sempre se fez referência à possibilidade do INSS refazer o lançamento com fulcro em vício formal, previsto no art. 173, II, CTN:**

Documento:0032.616.012-4

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002291/2003-05

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

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 re faça 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 02/002756/2002, 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.

Documento:0032.616.047-7

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002290/2003-52

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

(...)

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, anulando o Acórdão nº 02/000258/2003, 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.

Documento:0032.616.011-6

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002288/2003-83

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

(...)

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, anulando o Acórdão nº 02/00293/2003, 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.

Documento:0032.615.880-4

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECAÇÃO-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

(...)

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 re faça 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.

Documento:0032.615.860-0

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002285/2003-40

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:AFERIÇÃO INDIRETA, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

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, anulando o Acórdão nº 02/002792/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 212 a 215, o lançamento foi efetuado contra a empresa em epígrafe e contra a empresa prestadora de serviço Neckel & Neckel Ltda. ME, inscrita no CNPJ sob o nº 00.171.674/0001-59, em função da responsabilidade solidária entre elas decorrente da prestação de serviço remunerado contratado mediante cessão de mão-de-obra:

Afirma também o Relatório que o lançamento foi efetuado contra a empresa em epígrafe e contra a empresa prestadora de serviço Neckel & Neckel Ltda. ME, inscrita no CNPJ sob o nº 00.171.674/0001-59, em função da responsabilidade solidária entre elas decorrente da prestação de serviço remunerado contratado mediante cessão de mão-de-obra.

Em seguida afirma o Relatório que, com fundamento no § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212, de 1991, para a apuração da remuneração contida na Nota Fiscal/Fatura/Recibo emitida pela contratada para a execução dos serviços descritos no Relatório de Lançamento anexo, aplicou-se o percentual conforme tabela abaixo, que corresponde ao percentual mínimo de mão-de-obra incidente sobre o valor bruto das notas fiscais de acordo com o serviço realizado, conforme estabelecido nos art. 600 a 605 da Instrução Normativa SRP nº 03, de 14 de julho de 2005, que dispõe sobre aferição indireta da remuneração da mão-de-obra contida em nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

Dispõe também o Relatório que os contratos celebrados entre a Caraiba Metais S.A. e a empresa Neckel & Neckel Ltda. ME. foram os de números C-111/95, C-085-96 e BPS nos 66/96, 802.012/97, 802.013/97, 802.041/97, 802.222/95, 802.260/97, 802.318/95, 802.344/95, 802.487/96, 802.573/96, 802.630/96, 802.645/96, 802.703/96, 803.006/97, 803.329/95, 810.268/95, 810.269/95, 810.313/95, 810.314/95, 810.352/95, 810.388/95, 830.006/98, 830.007/98, 830.291/97, 830.307/97, 830.325/97, 830.341/97, 830.531/96, 830.620/96, 830.621/96, 830.622/96, 830.682/96, 833.143/95 e 833.182/95.

O Relatório afirma que o contrato de nº C-111/95 teve por objeto a execução de serviços de fiscalização de pacotes da PM-95, compreendendo a supervisão, a direção, o uso de equipamentos, ferramentas e materiais de consumo e aplicação, necessários a completa execução dos serviços. O prazo de vigência do contrato foi de 45 dias.

JA quanto à carta—contrato C-085/96 teve por objeto a prestação de serviços de elétrica e instrumentação para recuperação das instalações dos fornos de refino danificados por incêndio, com prazo de vigência de 60 dias.

O Relatório dispõe também que, além dos contratos acima mencionados, foram celebrados vários contratos sob a forma de Boletins de Pequenos Serviços (BPS), que são tipos de contrato simplificados, utilizados para serviços de pequeno montante e duração.

Os objetos desses BPS encontram-se listados no referido Relatório e referem-se a serviços de manutenção.

Dispõe ainda que os BPS são formas de contrato extremamente simplificadas e não trazem maiores detalhes sobre a relação contratual estabelecida entre as empresas. O pressuposto da cessão de mão-de-obra baseia-se no fato de que o objeto contratado, conforme descrição no corpo da Nota Fiscal, ou no próprio BPS refere-se a fornecimento/contratação de mão-de-obra.

Auditor notificante anexa ao relatório planilha contendo a relação das notas fiscais emitidas pela empresa prestadora, na qual consta também a data e a descrição dos serviços contratados.

O sujeito passivo Neckel & Neckel Ltda. ME foi cientificado da notificação por edital, no dia 15/05/2008, conforme atesta a cópia do Diário Oficial da União juntada As fls. 229, após tentativa frustrada de cientificação por via postal, fls. 227, porém não apresentou impugnação.

A Caraiba Metais S.A., por sua vez, tomou ciência da notificação por meio pessoal no dia 30/01/2007, conforme assinatura aposta A fl. 01, e apresentou defesa no dia 14/02/2007, conforme cópia de tela do Sistema de Protocolo, fls. 203, a qual foi juntada ao presente processo As fls. 204 a 218.

A Recorrente teve ciência do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09284979-00, às fls. 44 a 50.

O **período objeto da NFLD**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de **03/1995 a 12/1997**.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia **30.01.2007**, às fls. 01.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, às fls. 204 a 219, com Anexos às fls. 220 a 225, onde alega, conforme o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 272 a 276:

(i) Alega que o crédito sob julgamento estaria decadente, uma vez que o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, é inconstitucional por tratar de matéria reservada a lei complementar. Em seguida afirma que os supostos débitos referentes As competências apontadas na notificação sob julgamento já teriam sido alcançados pela decadência, antes mesmo da decisão que anulou o lançamento anterior, na forma da legislação aplicável decadência das contribuições previdenciárias, tratando-se, portanto, de créditos homologados e extintos.

(ii) A fim de embasar o seu entendimento, transcreve textos doutrinários e decisões jurisprudenciais nesse sentido.

(iii) Alega que, no caso em comento, deve-se aplicar o CTN e contar-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária. Assim, considerando que a presente autuação contempla débitos dos exercícios de 03/1995 a 12/1997, o prazo decadencial teve início em 01/01/1998, encerrando, portanto, em 01/01/2003. Daí, conclui-se pela decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito em comento, vez que o lançamento ocorreu apenas em 2007.

(iv) Além disso, dispõe que o prazo decadencial não restou suspenso após a decisão que, em 24/09/2003, anulou a notificação de débito por erros formais de lançamento. entendimento notório e pacífico, tanto jurisprudencial como doutrinário, que o prazo decadencial não admite suspensão ou interrupção.

(v) Argumenta que, no caso em tela, não se trata de serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra, pois em nenhum momento a Defendente contratou mão-de-obra para desenvolver serviços contínuos, conquanto em apenas uma única hipótese o ordenamento jurídico pátrio, seja no âmbito civil, comercial e trabalhista, admite tal modalidade de trabalho, qual seja, a de trabalho temporário para atender As hipóteses previstas no art. 2º da Lei nº 6.019, 3 de janeiro de 1974.

(vi) Alega também que os contratos celebrados entre a Impugnante e a empresa contratada, tiveram como objeto a contratação de serviços especializados, de natureza eventual, que foram prestados na forma e condições eleitas pela própria contratada, sem que coubesse à Contratante o direito de exigir o tipo de mão-de-obra a ser empregada; o horário em que se executariam os serviços; a remuneração contratada entre as empreiteiras e seus empregados; a utilização de materiais específicos, ou seja, não houve qualquer ingerência da Impugnante. Nessas condições, impossível se configurar tal relação como cessão de mão-de-obra.

(vii) Refere-se ao conceito de cessão de mão-de-obra contido no item "1" da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 176, de 05 de dezembro de 1997 e no § 2º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, e afirma que, quando a lei fala em "A disposição do contratante", quer estabelecer uma vinculação direta entre a contratante e o empregado da contratada, que lhe autorizaria dirigir e orientar os trabalhos desse, como consequência lógica dessa disposição, fato que não existe nos contratos firmados entre a Impugnante e suas empreiteiras.

(viii) Por outro lado, no caso em tela, em nenhum momento pode-se afirmar que os serviços prestados pela empresa contratada eram contínuos, porém se tratavam de serviços de "fiscalização de pacotes" prestados apenas durante a parada para manutenção na fábrica ocorrida no ano de 1995. Não tendo, a Fiscalização, em nenhum momento, demonstrado que os serviços prestados pela empresa contratada se tratavam de serviços de necessidade permanente da Impugnante.

(ix) Acrescenta que os contratos celebrados entre a Impugnante e a empresa contratada têm como objetivo atingir um resultado específico, ou seja, a empresa foi convocada para realizar determinado serviço cujo resultado é previamente acordado com a Impugnante, não havendo ingerência dela com relação A prestação do serviço, ela apenas contrata um serviço visando a obtenção de um resultado específico.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, nos termos do **Acórdão nº 15-23.082 - 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador - BA, fls. 212 a 215, inclusive para se **excluir do pólo passivo a prestadora de serviços Neckel & Neckel Ltda. ME**, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1995 a 31/12/1997

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. INOCORRÊNCIA, IN CASU.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 8 do STF: "São inconstitucionais o 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".

O prazo decadencial para o lançamento de contribuições sociais é de 5 anos.

CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. ABRANGÊNCIA. CONTINUIDADE.

O conceito legal de cessão de mão-de-obra tem abrangência superior àquela que a Defendente pretende atribuir, não se restringindo apenas ao caso de contratação de trabalho temporário de que trata a Lei nº 6.019, de 1974.

Verificada a periodicidade mensal dos pagamentos em prazo razoável, conclui-se a continuidade dos serviços e sua necessidade permanente para a empresa.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/05/1998

Ementa:

APLICAÇÃO DA MULTA. ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA. MOMENTO DA APLICAÇÃO.

Considerada a alteração na legislação e a aplicação da multa mais benéfica prevista no art. 106 do CTN, durante a fase do contencioso administrativo, de primeira instância, não há como se calcular a multa mais benéfica, haja vista que o pagamento ainda não foi postulado pelo contribuinte. Esta é uma interpretação literal do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior à MP nº 449, de 2008, que estabelece que as multas de mora valem para o momento do pagamento. Portanto, somente neste momento o percentual da multa de mora estará definido.

Impugnação Improcedente

*Crédito Tributário Mantido**Acórdão*

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por maioria de votos, excluir do processo a prestadora de serviços, Neckel & Neckel Ltda. ME, em razão da falta de regular notificação do lançamento, que não mais pode ser saneada pelo transcurso do prazo decadencial, pelo que deve ser excluída a expressão "E OUTRO(S)" da qualificação do pólo passivo; e para considerar PROCEDENTE o lançamento de que trata a NFLD em tela contra a tomadora de serviços, Caraíba Metais S/A, nos termos do voto e de sua fundamentação.

Vencidos os julgadores Antonio Augusto Matias de Souza e Flaviano Nicodemos de Andrade Lima.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, na forma dos arts. 25, II, e 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Encaminhe-se ao órgão de origem para cientificar o contribuinte e adotar as providências cabíveis.

Inconformada com a decisão de primeira instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, onde alega em apertada síntese que:

(i) Do vício material em contraposição do vício formal

Faz-se necessário demonstrar aos limos. Julgadores, conforme se vê da simples leitura do acórdão acima colacionado, que as NFLD's foram anuladas tendo em vista carecer de provas suficientes para que restasse comprovado o direito de crédito do INSS, portanto, vício material.

(...) Com efeito, se revela equivocada a parte dispositiva do acórdão supra, que ensejou no novo lançamento ora objurgado.

*(...) Uma vez que os referidos lançamentos foram anulados, verdadeiramente **em razão dos vícios materiais identificados**, que dizem respeito à própria existência da dívida, **jamais se aplicaria ao caso o artigo 173, II, do CTN, que remete a vício formal**, impossibilitando assim, o relançamento daqueles fatos geradores, já carcomidos pela decadência.*

(ii) Da decadência ocorrida com base na Súmula 8, STF.

Destarte, consoante se observa do próprio Relatório da NFLD 37.054.679-2, ora combatida, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado se deu

em 01/1998, deste modo o prazo para que a administração pública constituísse o crédito tributário findou-se em 01/2003. Entretanto, o II. Órgão Fazendário somente se dignou a efetuar o novo lançamento em janeiro de 2007, quando já havia transcorrido o prazo decadencial há 03 anos.

(iii) Precedentes no CARF

Colaciona Acórdão 2301-00.502 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, relator Cons. Júlio César Vieira, que julgou o lançamento nulo porque considerou que a decisão do CRPS erroneamente apontou a possibilidade de refiscalização com base no art. 173, II, CTN quando o caso se direcionava para vício material, com isso também aplicou a Súmula 8 do STF para fundamentar a anulação por decadência:

"Processo nº 13502.00113412007-13

Recurso Voluntário nº 154.367

Acórdão nº 2301-00.502 — 3ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária

Sessão de 07 de julho de 2009

Matéria Decadência

Recorrente CARAÍBA METAIS S.A.

Recorrida SRP/SALVADOR/BA

Assunto Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de Apuração 01/02/1993 a 31/05/1998

LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. DECADÊNCIA. VÍCIO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE

A falta de caracterização dos fatos geradores. constitui vício material, do que resulta, em caso 'de prejuízo à defesa, em nulidade do Lançamento; portanto, inaplicável a regra do artigo 173, II do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido."

(...)

VOTO

(...) Pela leitura dos fundamentos, conclusão, decisório e ementa, o lançamento foi anulado por falta de caracterização da cessão

de mão de obra. Também, não fez coisa julgada administrativa a qualificação do vício que a anulou como formal. Não há essa expressão em nenhuma parte do acórdão. Apenas se diz no corpo do voto vencedor que pode o órgão fiscalizador refazer o lançamento. Esta parte entendo que é apenas uma orientação. O CRPS não possui precedência hierárquica em assuntos administrativos, padecendo de competência para uma avaliação discricionária sobre a conveniência e oportunidade de se realizar novo lançamento ou não. Exame tipicamente decorrente do poder de polícia administrativa. É aceitável, embora não seja esse meu entendimento, que ao consignar a possibilidade de reconstituição do lançamento estar-se-ia implicitamente considerando que lançamento tenha sido anulado por vício formal. Mas, vejo aí duas razões principais para não se chegar à mesma conclusão: primeiro porque essa declaração de que novo lançamento pode ser realizado pode ter resultado justamente no entendimento de que o CRPS tivesse competência para isso; segundo porque essa declaração não tem constitui premissa ou fundamento para se chegar à conclusão e que o lançamento é nulo

(...)Por todo o exposto, não vejo com estender para o vício do lançamento decorrente da falta de descrição clara e precisa do fato gerador a regra especial no artigo 173, II, mas tão somente as regras gerais nos artigos 150, §4º e 173, I do Código Tributário Nacional.

No presente caso, qualquer que seja a regra decadencial todo o período do lançamento está por ela alcançado. Portanto, voto pelo provimento do recurso.

(iv) da inoccorrência do fato gerador apontado no NFLD

Entretanto, é cediço que o conceito de cessão de mão-de-obra tem como requisito a colocação de empregados disposição exclusiva do contratante, ainda sob os aspectos de subordinação e habitualidade. Senão vejamos o que dispõe o próprio artigo 31 da Lei 8.212/91.

(...)Contudo, os contratos utilizados como balizadores do fato gerador, bem como os diversos Boletins de Pequenos Serviços (BPS's) versavam apenas sobre a prestação de serviços especializados de supervisão, direção, uso de equipamentos e etc durante Parada de Manutenção, em período delimitado e previamente pactuado, com duração máxima de 60 dias, bem como deveriam ser realizados sob condições específicas.

(...) Saliente-se, a mão-de-obra era fornecida e gerenciada pela própria empresa contratada, a qual ainda disponibilizava quaisquer dos seus empregados para a prestação de serviço nitidamente específico e altamente especializado, de natureza eventual, que foram prestados na forma e condições eleitas pela própria empresa contratada, sem que a ora Recorrente pudesse exigir o horário, a forma de remuneração e etc., ou seja, não houve qualquer ingerência da Recorrente, cabendo a esta apenas verificar a regularidade de seu cumprimento.

(...)Resta evidenciado, pois, que a prestação de serviços não ensejou a configuração da cessão de mão-de-obra, já que inexistiu, a determinação de subordinação dos empregados disponibilizados ao poder diretivo (de comando) da Recorrente para a consecução do objeto pactuado, lhe cabendo apenas fiscalizar, por óbvio, o efetivo cumprimento dos serviços contratados.

Em verdade, no caso sob exame, deu-se típica prestação de serviço pura e simples, passando ao largo das características de (i) dependência do contratante, (ii) disposição do contratado à contratante e (iii) realização de serviços contínuos.

fls. 356. Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 356.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**Da regularidade da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a Terceiros.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado NFLD nº 37.054.679-2 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.054.679-2)

Lei nº 8.212/91

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.

IN MPS/SRP n.º 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. RDA – Relatório de Documentos Apresentados

f. *FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);*

g. *CORESP - Relatório de Co-responsáveis do Débito;*

h. *VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);*

i. *TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;*

j. *TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;*

k. *TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;*

l. *REFISC – Relatório Fiscal.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

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 devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Analisando-se o NFLD nº 37.054.679-2, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

(i) Do vício material em contraposição do vício formal

Faz-se necessário demonstrar aos limos. Julgadores, conforme se vê da simples leitura do acórdão acima colacionado, que as NFLD's foram anuladas tendo em vista carecer de provas suficientes para que restasse comprovado o direito de crédito do INSS, portanto, vício material.

(...) Com efeito, se revela equivocada a parte dispositiva do acórdão supra, que ensejou no novo lançamento ora objurgado.

(...) Uma vez que os referidos lançamentos foram anulados, verdadeiramente em razão dos vícios materiais identificados, que dizem respeito à própria existência da dívida, jamais se aplicaria ao caso o artigo 173, II, do CTN, que remete a vício formal, impossibilitando assim, o relançamento daqueles fatos geradores, já carcomidos pela decadência.

(iii) Precedentes no CARF

Analisemos conjuntamente os tópicos (i) e (iii).

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 74 a 92, **a presente NFLD, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.814-6, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 2402, de 14/10/2003.**

Anote-se que **uma séries de lançamentos relacionados à responsabilidade solidária tendo a empresa CARAÍBA METAIS S/A como sujeito passivo foi anulado no CRPS, inclusive o referente à NFLD 32.615.814-6, sendo que no corpo da decisão do Acórdão do CRPS sempre se fez referência à possibilidade do INSS refazer o lançamento com fulcro em vício formal, previsto no art. 173, II, CTN:**

(...)

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 (...).

Resta claro que na decisão do **Acórdão CRPS nº 2402, de 14/10/2003., referente à NFLD 32.615.814-6, a referência expressa à possibilidade do INSS, a seu critério, refazer o lançamento com fulcro no art. 173, II, CTN:**

“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.”

Neste sentido, **o art. 173, II, CTN expressamente** se refere ao período decadencial para a constituição do crédito tributário após **a anulação do lançamento por 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.

Portanto, **resta evidente que a decisão do CRPS expressamente apontou a anulação do Acórdão CRPS nº 2402, de 14.10.2003, por vício formal** de forma a possibilitar que a Fazenda Pública, a seu critério, promovesse novo lançamento com fulcro no art. 173, II, CTN.

Outrossim, considero que o presente Recurso Voluntário não se reveste da instrumentalidade adequada para cassar ou rever decisões proferidas em sede do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

(ii) Da decadência ocorrida com base na Súmula 8, STF.

Destarte, consoante se observa do próprio Relatório da NFLD 37.054.679-2, ora combatida, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado se deu em 01/1998, deste modo o prazo para que a administração pública constituísse o crédito tributário findou-se em 01/2003. Entretanto, o II. Órgão Fazendário somente se dignou a efetuar o novo lançamento em janeiro de 2007, quando já havia transcorrido o prazo decadencial há 03 anos.

Analisemos.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 74 a 92, **a presente NFLD nº 37.054.679-2, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.814-6, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 2402, de 14/10/2003.**

O **período objeto da NFLD nº 37.054.679-2**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de **08/1993 a 07/1995**.

A Recorrente teve ciência da NFLD nº 37.054.679-2 no dia 30.01.2007, às fls. 01.

- período objeto: de 03/1995 a 12/1997

- ciência da NFLD: 21.01.1999

Em relação à **lavratura da presente NFLD 37.054.679-2**, lançada em substituição à NFLD 32.615.814-6, **obviamente não há decadência** do direito de constituição dos créditos ora lançados nos termos do artigo 173, II, CTN:

- data da anulação do Acórdão CRPS 2402: 14.10.2003;

- data da ciência da presente NFLD: 30.01.2007

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

NO MÉRITO

(iv) da incorrência do fato gerador apontado no NFLD

Entretanto, é cediço que o conceito de cessão de mão-de-obra tem como requisito a colocação de empregados disposição exclusiva do contratante, ainda sob os aspectos de subordinação e habitualidade. Senão vejamos o que dispõe o próprio artigo 31 da Lei 8.212/91.

(...)Contudo, os contratos utilizados como balizadores do fato gerador, bem como os diversos Boletins de Pequenos Serviços (BPS's) versavam apenas sobre a prestação de serviços especializados de supervisão, direção, uso de equipamentos e etc durante Parada de Manutenção, em período delimitado e previamente pactuado, com duração máxima de 60 dias, bem como deveriam ser realizados sob condições específicas.

(...) Saliente-se, a mão-de-obra era fornecida e gerenciada pela própria empresa contratada, a qual ainda disponibilizava quaisquer dos seus empregados para a prestação de serviço nitidamente específico e altamente especializado, de natureza eventual, que foram prestados na forma e condições eleitas pela própria empresa contratada, sem que a ora Recorrente pudesse exigir o horário, a forma de remuneração e etc., ou seja, não houve qualquer ingerência da Recorrente, cabendo a esta apenas verificar a regularidade de seu cumprimento.

(...)Resta evidenciado, pois, que a prestação de serviços não ensejou a configuração da cessão de mão-de-obra, já que inexistiu, a determinação de subordinação dos empregados disponibilizados ao poder diretivo (de comando) da Recorrente para a consecução do objeto pactuado, lhe cabendo apenas fiscalizar, por óbvio, o efetivo cumprimento dos serviços

Em verdade, no caso sob exame, deu-se típica prestação de serviço pura e simples, passando ao largo das características de (i) dependência do contratante, (ii) disposição do contratado à contratante e (iii) realização de serviços contínuos.

Analisemos.

De início, tem-se que observar que a Lei 8.212/1991 dispõe acerca dos serviços que podem ensejar a ocorrência de responsabilidade solidária. No caso de cessão de mão-de-obra, o art. 31 da Lei 8.212/1991, na redação original:

Lei 8.212/1991 - Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23. (redação original)

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

(...)

§ 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 Lei nº 9.528, de 1997).

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95)

§ 4º Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

Ademais, nos termos da legislação acima, somente serão elididos da responsabilidade solidária os serviços constantes em notas fiscais emitidas a partir de maio/1995 cujas empresas prestadoras tiverem fornecido as cópias autenticadas das respectivas guias de recolhimento e folhas de pagamento vinculadas ao tomador dos serviços.

Em sede de Recurso Voluntário, a Recorrente aduz que o conceito de cessão de mão-de-obra tem como requisito a colocação de empregados disposição exclusiva do contratante, ainda sob os aspectos de subordinação e habitualidade:

Observa ainda a Recorrente que os contratos objetos da NFLD que ora se pretende anular não configura a cessão de mão-de-obra como quis fazer crer o Autuante, mas apenas serviços especializados de supervisão, direção, uso de equipamentos e etc durante Parada de Manutenção, de modo que não há que se falar na configuração da cessão de mão-de-obra.

Entretanto, conforme se deduz do art. 31, § 2º, Lei 8.212/1991, já ressaltado pela decisão de primeira instância, a cessão de mão-de-obra deve ser caracterizada com os segurados da empresa prestadora de serviços realizando serviços contínuos; sendo lotados nas dependências da empresa contratante ou nas dependências de terceiros; além de estarem à disposição da empresa contratante.

Então, verifiquemos a situação dos empregados da empresa contratada que prestaram serviço à Recorrente:

(a) serviços contínuos.

A Auditoria-Fiscal evidencia, no Relatório Fiscal às fls. 74 a 92, a partir das cópias dos contratos de prestação de serviços às fls. 93 a 200, a continuidade dos serviços prestados pela empresa contratada, posto tratar-se de contratação de serviços de manutenção abrangendo um período total superior a três anos, portanto configurando-se a continuidade dos serviços de necessidade permanente da Recorrente:

(...)

5.4 O prazo de vigência do contrato C-111/95 foi de 45 (quarenta e cinco) dias com valor global estimado de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). De acordo com a cláusula sétima se constituíam como encargo da Contratada:

"7.1 - Colocar A disposição da obra, no seu canteiro de serviços ou nas suas oficinas, todos os equipamentos e ferramentas nas quantidades necessárias A perfeita execução dos serviços contratados."

"8.1 Fornecer em tempo hábil e na medida das necessidades previamente estabelecidas com a CONTRATADA, no local dos serviços (ou em seus almoxarifados), os materiais que forem de seu interesse e responsabilidade.

8.2 Emitir e aprovar o respectivo Boletim de Medição em até 5 (cinco) dias após a conclusão dos serviços.

8.3 Fornecer transporte e alimentação para os empregados da CONTRATADA a serviço na CARAMA."

5.6 A planilha de preços estabelecia o valor de R\$ 13,30/1Th de Técnico Elétrica/Instrumentação com previsão de acréscimo de percentuais no pagamento de horas extras e adicional noturno.

5.7 Como afirma Ibrahim 3 em sua obra "A Retenção de 11% sobre a mão-de-obra", pag. 53, um contrato de mão-de-obra é aquele em que o fim desejado pelo contratante é a obtenção desta mão-de-obra (força de trabalho) para realizar algum mister. O autor ressalta que é neste ponto que reside a diferença fundamental entre empreitada e cessão de mão-de-obra. No primeiro, a mão-de-obra é mero meio para atingir a obra ou tarefa desejada pelo contratante. Já na cessão, a mão-de-obra é a própria razão de existência da contratação, sendo perfeitamente aplicável tal noção ao presente caso.

5.8 O objeto do contrato C-111/95 foi efetivamente a mão-de-obra de Técnico de Elétrica/Instrumentação A Caraíba fornecia alimentação e transporte o que reforça a tese de existência de cessão de mão-de-obra. Além disso, o faturamento foi realizado em Hh(homens-horas), havendo prévia estipulação da quantidade de trabalhadores que deveriam realizar o trabalho demonstrando efetivamente que o verdadeiro fim da contratação foi a mão-de-obra.

5.9 Os serviços contratados foram de manutenção, realizados dentro das dependências da Caraíba Metais S/A. Como o objeto do contrato foi a mão-de-obra em si, entende-se que a mesma encontrava-se à disposição da contratante, completando o conjunto de elementos necessários para a caracterização da cessão de mão-de-obra.

5.10 A carta-contrato C-085196, de 07 de março de 1996, teve por objeto a prestação de serviços de Elétrica e Instrumentação para recuperação das instalações dos Fornos de Refino danificadas por incêndio. O seu prazo de vigência foi de apenas 60 (sessenta) dias com valor global estimado de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). De acordo com a cláusula 4.2:

"O valor real será a soma dos resultados da multiplicações das quantidades de horas efetivamente trabalhadas pelos respectivos preços unitários conforme abaixo discriminado:

- Supervisor de elétrica e instrumentação - R\$ 16,68 /11h

- Eletricista de manutenção: R\$ 10,80/1Th

Obs: Estes valores são relativos As jornadas normais de trabalho (7:45 - 17:15) e segunda a sexta-feira. Em caso de prolongamento desta jornada ou da realização de serviços aos sábados, domingos e feriados, serão cobrados os percentuais relativos As horas extras, de acordo com a convenção do SINDMCCC/BA."

5.11 Segundo o Escopo dos Serviços do C-085/96, todos os materiais de aplicação, consumo e sobressalentes seriam de responsabilidade da Caraiba.

5.12 A cláusula 4.2, de forma similar ao contrato anteriormente analisado, mostra que o faturamento foi realizado à base de homens-horas trabalhadas. Essa forma de cálculo mostra que o objeto da contratação era a mão-de-obra em si. Caso o valor fosse previamente ajustado, seria de se supor a existência de uma empreitada de mão-de-obra, o que não ocorreu no caso em voga.

5.13 Vários contratos foram celebrados sob a forma de Boletins de Pequenos Serviços -BPS, que são tipos de contrato simplificados, utilizados para serviços de pequeno montante e duração. Os objetos desses BPS foram os seguintes:

5.14 Os BPS (Boletins de Pequenos Serviços), como já foi dito, são formas de contrato extremamente simplificadas e não trazem maiores detalhes sobre a relação contratual estabelecida entre as empresas. O pressuposto da cessão de mão-de-obra baseia-se, no presente caso, no fato de que o objeto contratado, conforme descrição no corpo da Nota Fiscal, ou no próprio BPS refere-se a fornecimento/contratação de mão-de-obra.

5.15 Assim, há diversos BPS ou Notas Fiscais que identificam o objeto como sendo a própria mão-de-obra. Os serviços são de manutenção e, portanto, de natureza contínua. Como "serviços de natureza contínua" são entendidos aqueles que se constituem em necessidade permanente do contratante, ligados ou não à sua atividade fim. O conceito de continuidade abrange o tipo de serviço e não a empresa contratada para prestá-lo, ou a frequência de sua prestação. Se caracterizada a necessidade permanente do serviço, este, independentemente de quem o prestar ou quantas vezes for prestado, terá natureza contínua. Por isso mesmo, não se pode considerar um determinado contrato ou determinada empresa de forma isolada, mas sim a permanente necessidade dos serviços contratados no complexo industrial como um todo, assim como a natureza contínua desses serviços no contexto global das diversas plantas existentes na área industrial da contratante.

5.16 Em suma, o conceito de continuidade abrange os serviços e não a empresa contratada. Se caracterizada a necessidade permanente do serviço, este, independentemente de quem o prestar terá natureza contínua. A análise dos inúmeros contratos celebrados entre Caraiba Metais S/A e diversas empresas revela a prestação contínua de serviços de limpeza, manutenção de máquinas e equipamentos, transporte de cargas e passageiros, apoio de mão-de-obra nas paradas de manutenção, caldeiraria, construção civil, dentre outros. (...)

(b) em relação ao local de trabalho

Resta evidenciado no Relatório Fiscal às fls. 74 a 92, a partir das cópias dos contratos de prestação de serviços às fls. 93 a 2009, que os segurados da empresa contratada atuam nas dependências da empresa contratante:

5.9 Os serviços contratados foram de manutenção, realizados dentro das dependências da Caraíba Metais S/A. Como o objeto do contrato foi a mão-de-obra em si, entende-se que a mesma encontrava-se à disposição da contratante, completando o conjunto de elementos necessários para a caracterização da cessão de mão-de-obra.

(c) à disposição da Recorrente (contratante dos serviços).

A disponibilidade dos empregados da contratada para com a Recorrente, é atacada pela Recorrente que afirma que não estavam à disposição dela.

Entretanto, compulsando o Relatório Fiscal, às fls. 74 a 92, a partir das cópias dos contratos de prestação de serviços às fls. 93 a 200, verifica-se evidenciado por provas documentais que os trabalhadores vinculados à empresa contratada encontravam-se à disposição da Recorrente, sob o seu direcionamento embora sem subordinação direta:

5.9 Os serviços contratados foram de manutenção, realizados dentro das dependências da Caraíba Metais S/A. Como o objeto do contrato foi a mão-de-obra em si, entende-se que a mesma encontrava-se à disposição da contratante, completando o conjunto de elementos necessários para a caracterização da cessão de mão-de-obra.

5.10 A carta-contrato C-085196, de 07 de março de 1996, teve por objeto a prestação de serviços de Elétrica e Instrumentação para recuperação das instalações dos Fornos de Refino danificadas por incêndio. O seu prazo de vigência foi de apenas 60 (sessenta) dias com valor global estimado de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). De acordo com a cláusula 4.2:

"O valor real será a soma dos resultados da multiplicações das quantidades de horas efetivamente trabalhadas pelos respectivos preços unitários conforme abaixo discriminado:

- Supervisor de elétrica e instrumentação - R\$ 16,68 /11h

- Eletricista de manutenção: R\$ 10,80/1Th

Obs: Estes valores são relativos As jornadas normais de trabalho (7:45 - 17:15) e segunda a sexta-feira. Em caso de prolongamento desta jornada ou da realização de serviços aos sábados, domingos e feriados, serão cobrados os percentuais relativos As horas extras, de acordo com a convenção do

5.11 Segundo o Escopo dos Serviços do C-085/96, todos os materiais de aplicação, consumo e sobressalentes seriam de responsabilidade da Caraíba.

5.12 A cláusula 4.2, de forma similar ao contrato anteriormente analisado, mostra que o faturamento foi realizado à base de homens-horas trabalhadas. Essa forma de cálculo mostra que o objeto da contratação era a mão-de-obra em si. Caso o valor fosse previamente ajustado, seria de se supor a existência de uma empreitada de mão-de-obra, o que não ocorreu no caso em voga. (...)

5.15 Assim, há diversos BPS ou Notas Fiscais que identificam o objeto como sendo a própria mão-de-obra. Os serviços são de manutenção e, portanto, de natureza contínua. Como "serviços de natureza contínua" são entendidos aqueles que se constituem em necessidade permanente do contratante, ligados ou não à sua atividade fim. O conceito de continuidade abrange o tipo de serviço e não a empresa contratada para prestá-lo, ou a frequência de sua prestação. Se caracterizada a necessidade permanente do serviço, este, independentemente de quem o prestar ou quantas vezes for prestado, terá natureza contínua. Por isso mesmo, não se pode considerar um determinado contrato ou determinada empresa de forma isolada, mas sim a permanente necessidade dos serviços contratados no complexo industrial como um todo, assim como a natureza contínua desses serviços no contexto global das diversas plantas existentes na área industrial da contratante.

5.16 Em suma, o conceito de continuidade abrange os serviços e não a empresa contratada. Se caracterizada a necessidade permanente do serviço, este, independentemente de quem o prestar terá natureza contínua. A análise dos inúmeros contratos celebrados entre Caraíba Metais S/A e diversas empresas revela a prestação contínua de serviços de limpeza, manutenção de máquinas e equipamentos, transporte de cargas e passageiros, apoio de mão-de-obra nas paradas de manutenção, caldeiraria, construção civil, dentre outros. (...)

Neste ponto, a Recorrente não evidenciou provas materiais acerca de suas alegações acerca dos contratos de prestação de serviços tratarem-se de mero aluguel de veículos, impondo-se então a configuração da cessão de mão-de-obra que os empregados da contratada estavam à disposição da Recorrente.

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

DA MULTA DE MORA.

Analisemos.

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de **juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para, **NO MÉRITO**, se recalcular o valor da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Voto Vencedor

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Redator Designado

Como afirmado anteriormente no corpo do voto, O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT, do período de 03/1995 a 12/1997:

O período objeto da NFLD nº 37.054.679-2, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de 03/1995 a 12/1997.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 30.01.2007, às fls. 01.

Ademais, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 74 a 92, a presente NFLD nº 37.054.679-2, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.814-6, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 2402, de 23.01.2003.

No caso concreto, conforme citação abaixo, se observa que o Ilustre Relator tomou como conclusiva para o seu voto, a parte final da decisão que anulou a NFLD 32.615.814-6, conforme o Acórdão nº 2402, de 23.01.2003, do CRPS:

“ Como pode se depreender do texto acima, a anulação teve por base o inciso II, do artigo 173 do CTN, abaixo transcrito

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.

A contagem do prazo decadencial então é a partir da data em que se tornou definitiva a decisão que anulou, por vício formal, o lançamento, isto é, 01/11/2003.

O contribuinte tomou ciência do lançamento deste processo em 30/12/2005. Constatou-se que não se operou a decadência.

Inicialmente, em 18/12/98, o crédito foi constituído por meio da NFLD 32.616.012-4, que foi anulada por decisão do CRPS conforme o acórdão nº 000218, de 31/10/2003.”

Sustentado, como afirmou, pela parte final do Acórdão, entendeu que estava diante de uma nulidade por vício formal, e assim, compulsoriamente, teve que seguir a dicção do referido artigo 173, II do CTN para efetuar as contas quinquenais sobre a decadência e, por consequência, negar provimento.

Recente Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, aduz que :

“ (...)

o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da

Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes) ”

Analisando-se todo o desenvolvimento e estrutura lógica do arrazoado do CRPS sobre a infração em tela, se infere que, contrariamente a conclusão sobre ter havido vício formal, o que restou demonstrado é que ocorreu vício material posto que fora por falta de motivação e conseqüente cerceamento de defesa que a referida NFLD fora anulada. Senão vejamos :

Relevante observar que CRPS declarou nula a NFLD em comento nos seguintes termos:

“ 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 contatos 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 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 ao prazo decadencial — Inciso II, do Art. 173, do CTN.(grifei)(novos grifos de minha autoria)

CONCLUSÃO

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

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

Isto posto, é nesse ponto que ousou divergir do Ilustre Conselheiro Relator, que diante daquela colocação final, a meu juízo, desarrazoada e descontextualizada, face a ausência de nexos com todo o corpo do texto, concluiu que a NFLD fora anulada por vício formal.

A generalidade, subjetividade e a falta de motivação observadas pelo CRPS, vícios tipicamente materiais, prejudicaram, diretamente, os atos posteriores provocando cerceamento de defesa razão pela qual fora declarada a nulidade daquele lançamento:

*“Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa...”
(grifei)*

A inserção do artigo 173, II do CTN na parte final do arrazoado, contrariou frontalmente todo desenvolvimento do texto o que faz crer que tal colocação tenha sido inserida por equívoco.

A Lei 5.172, Código Tributário Nacional – CTN, artigo 142 contém previsão da obrigatoriedade de se demonstrar claramente a ocorrência do a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e determinar a matéria tributável :

(...)

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Exortando novamente o Acórdão, de nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008, da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes se demonstra configurado o vício material quando há equívocos na construção do lançamento contrariando o exigido no artigo 142 do CTN:

“O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015

IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes)”

Quando a descrição do fato, como assevera o CRPS no caso presente, não é suficiente para a certeza de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso. É o que a jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes denomina de **vício material**:

“ (...) ”

RECURSO EX OFFICIO – NULIDADE DO LANÇAMENTO – VÍCIO FORMAL. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, são elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto. O levantamento e observância desses elementos básicos antecedem e são preparatórios à sua formalização, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula; a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...) ”

(7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Recurso nº 129.310, Sessão de 09/07/2002)

*Por sua vez, o **vício material** do lançamento ocorre quando a autoridade lançadora não demonstra/descreve de forma clara e precisa os fatos/motivos que a levaram a lavrar a notificação fiscal e/ou auto de infração. Diz respeito ao conteúdo do ato administrativo, pressupostos intrínsecos do lançamento.*

Desse modo, restando demonstrada a ocorrência de vício material do lançamento decorrente da falta de descrição clara e precisa do fato gerador, tal como o supra descrito pelo CRPS, não vejo como aplicar a regra especial no artigo 173, II.

Portanto, em não se cogitando de aplicação do artigo 173, II do CTN, resultaria discutir sobre qual artigo do Código Tributário Nacional - CTN deva ser aplicado, o 173, I ou 150, §4º..

Entretanto, considerando que o período levantado ocorreu entre 03/1995 a 12/1997 cuja notificação fora efetivada em 30/01/2007, vejo como dispensável discutir já que qualquer que seja a regra decadencial tal interregno restara completamente alcançado.

Processo nº 13502.001221/2007-71
Acórdão n.º 2403-01.213

S2-C4T3
Fl. 375

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por reconhecer a preliminar de decadência das contribuições apuradas e DAR PROVIMENTO ao recurso para declarar decadentes as contribuições apuradas no período 03/1995 a 12/1997 por qualquer que seja a regra decadencial.

Ivacir Júlio de Souza - Redator Designado.