



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720274/2015-47
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2301-006.294 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2019
Recorrentes ARCELORMITTAL BRASIL S.A E FAZENDA NACIONAL
ARCELORMITTAL BRASIL S.A E FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/10/2007

PRELIMINAR. NULIDADE. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

Não se comprovam nos autos a existência de preterição do direito de defesa, tendo em vista que os elementos apresentados pela defesa foram analisados pelo acórdão de primeira instância.

APRESENTAÇÃO DEFICIENTE DE DOCUMENTOS OU INFORMAÇÕES. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA

Não havendo comprovação da recusa de apresentação de documentos ou informações, por parte do contribuinte, não é lícito à Autoridade Fiscal inscrever de ofício importância que reputar devida por meio do arbitramento (§3º do art. 33 da Lei nº 8.212/91).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão de primeira instância; vencidos o relator e os conselheiros Wesley Rocha e Virgílio Cansino Gil que a reconheceram; por unanimidade de votos, em acatar a preliminar de nulidade ausência de pressupostos fáticos para o arbitramento e anular o lançamento por vício material. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Redatora designada

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antônio Savio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado), Wilderson Botto (suplente convocado) e João Maurício Vital (Presidente). A Conselheira Juliana Marteli Fais Feriato, em razão da ausência, foi substituída pelo Conselheiro Virgílio Cansino Gil, suplente convocado.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração Substitutivo lavrado contra a empresa acima identificada referente às contribuições previdenciárias que deixaram de ser retidas pela empresa, referentes aos serviços que lhe foram prestadas mediante cessão de mão de obra no período 12/2003 a 10/2007

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 423/439), o presente processo trata de Auto de Infração lavrado em substituição ao crédito constituído pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) Debcad nº 37.178.032-2, de 29/12/2008, integrante do processo nº 15586.002463/2008-13 (apenso ao presente) que foi julgado nulo por vício formal, conforme decisão proferida no Acórdão nº 2301-003.434 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARE, de 14/03/2013, tendo o contribuinte sido cientificado em 16/09/2013

A Autoridade Fiscal informa que a presente autuação considerou a retificação realizada no curso do processo anterior. Esta retificação decorreu do resultado da diligência que examinou os documentos apresentados pelo então interessado, em consonância com o quanto determinado pela Resolução nº 12-225 da 12ª Turma da DRJ/RJOI, de 05/08/2009. Estão anexados a este processo os documentos apresentados na impugnação administrativa e os documentos decorrentes da diligência, extraídos do processo anterior

Constituem fatos geradores do presente lançamento os serviços de mão-de-obra terceirizada contratada e colocada à disposição da incorporada em suas dependências objetivando a consecução das suas atividades, com subsunção ao quanto previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, em razão da contratante dos serviços não ter comprovado o recolhimento da contribuição de 11% (onze por cento) incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

A Autoridade Fiscal informou a fundamentação legal para a constituição do crédito tributário por arbitramento (§ 3º do Art. 33 da Lei nº 8.212/1991 c/c art. 233 do RPS) em face a apresentação deficiente dos documentos solicitados, bem como o dispositivo que trata da manutenção e guarda de documentos (§ 6º do art. 219 do RPS).

Após a apresentação da impugnação e aditivo com vasta documentação os autos foram baixados em diligência e a Autoridade Fiscal manifestou-se pela retificação do lançamento, razão pela qual a Delegacia da receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP) julgou parcialmente procedente a autuação e apresentou Recurso de Ofício.

Ainda inconformado com referida decisão o contribuinte apresentou recurso à este Conselho onde alega em síntese:

Que o Processo Administrativo Fiscal nº 15586.002463/2008-13 foi considerado nulo não apenas por estar eivado de vícios tanto formais como materiais que não foram observados no presente lançamento, haja visto que a autoridade lançadora simplesmente IGNOROU todos os pontos observados pela DRJ/RJ1 e pelo CARE quanto aos vícios da primeira autuação e simplesmente REAUTUOU todo o período cancelado, apenas apontando o

suposto 'fundamento legal para o arbitramento', como se isso convalidasse a série de vícios que maculava a autuação pretérita;

Que a reautuação procedida nestes autos é completamente absurda pois manteve intactos os MESMOS VÍCIOS que ensejaram a nulidade do primeiro AI.

Aduz ainda que a Empresa não se furtou de novamente enfrentar o caso concreto e demonstrar, item-a-item, a série de irregularidades que permanecem nesta autuação, em especial porque:

1) A fiscalização desprezou recolhimentos via GPS. Trata-se de inquestionável *bis in idem*.

2) Várias NF's autuadas não dizem respeito a serviços, tratando-se de venda de mercadoria ou locação de serviços, hipóteses claras de não incidência;

3) Em vários dos serviços autuados não foi verificada qualquer obrigação legal para a retenção das contribuições previdenciárias;

4) Em outros casos, a retenção estava dispensada por expressa discussão judicial sobre o assunto, inclusive com hipótese de depósito dos valores a reter;

5) Ainda que presente a cessão de mão-de-obra, a tributação se deu sobre 100% da NF, desprezando, portanto, as inúmeras disposições legais que apontam a redução da base de cálculo da retenção;

6) Além disso, vale reiterar que o dever de reter os 11% é instrumental e não uma obrigação principal, de modo que a fiscalização deveria, na pior das hipóteses, ter demonstrado que os valores supostamente devidos não teriam sido recolhidos pelo prestador dos serviços.

Afirma que na presente autuação persistem os MESMOS ERROS apontados outrora, tais como: a) cobranças sobre prestações de serviço feitas a terceiros; b) cobrança sobre NF's de venda de mercadoria; c) cobranças sobre NF's de locação; d) cobrança sobre serviços que não dizem respeito a cessão de mão-de-obra, dentre muitas outras alegações.

Que inobstante a exclusão parcial do crédito tributário, as razões postas pela DRJ/SPO para manutenção do saldo remanescente do auto de infração merecem ser reformadas, na medida em que:

a) Preliminarmente, a DRJ/SPO não analisou duas preliminares invocadas pela Empresa em sede de impugnação administrativa, o que acarreta preterição do direito de defesa (Art. 59, II do Decreto nº 70.235/72) e inequívoca supressão de instância em desfavor do contribuinte, ensejando a irremediável nulidade da decisão proferida.

b) Aliado a isso, a DRJ/SPO insiste em assinalar que os INÚMEROS VÍCIOS apontados pelo CARF na autuação original – e mantidos no presente PTA, foram convalidados pela mera indicação do fundamento legal do arbitramento, quando na verdade, a nulidade do AI também envolveu i) VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO DO FATO GERADOR (ART. 142 DO CTN); ii) AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO FÁTICO PARA O ARBITRAMENTO, CONFORME DECIDIDO PELO CARF.

c) No mérito, em inúmeros casos a fiscalização reconheceu a dúvida quanto à autuação com base nas alegações da Empresa, mas manteve a glosa por suposta ausência de comprovação documental, especialmente no que diz respeito à juntada dos contratos vinculados às NF's glosadas.

Com a devida vênia, o raciocínio fiscal é absurdo: veja-se, por exemplo, casos em que a NF glosada aponta a **VENDA DE MERCADORIAS** e a fiscalização mantém a autuação porque supostamente precisaria analisar o contrato vinculado.

Ora, a prova já está devidamente constituída, mais do que suficiente a comprovar a materialidade da alegação, o que fere de morte as premissas postas pela DRJ/SPO.

Além do mais, o contribuinte juntou por amostragem documentos que subsidiavam sua alegação a fim de sensibilizar os Ilmos. Julgadores acerca dos vícios da autuação. O resultado, mais uma vez, foi a exclusão de 10% do valor autuado, o que sinaliza contundentemente que as irregularidades permanecem na autuação.

Que no PAF nº 15586.002463/2008-13 tanto a DRJ como o CARF a nulidade do lançamento também foi declarada porque a fiscalização, em seu relatório, de fls. 907/909, não demonstrou a ocorrência do fato gerador, persistindo na presente autuação um vício de motivação.

Assim, considerando que a DRJ/SPO não discutiu a preliminar arguida pela Empresa, trata-se de mais que absoluta nulidade do acórdão recorrido por preterição do direito de defesa e supressão de instância, tudo nos termos do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72:

Sustenta a preclusão do direito à reautuação. existência de vício material no PTA nº 15586.002463/2008-13 por infringência ao art. 142 do CTN, art 37 da Lei nº 8.212/91 e art. 50 da Lei Nº 9.784/99.

Que não havia razão para o arbitramento já que a empresa apresentou toda a documentação solicitada pela fiscalização.

Que a fiscalização não analisou nem demonstrou o fato gerador da obrigação tributária e fiscalização lançou o crédito tributário sobre NF's vinculadas a TERCEIROS, ou seja, Empresas sem qualquer relação com a autuada neste PTA.

Houve a comprovação da retenção em diversas NF's autuadas e fisco IGNORA de forma patente que existem retenções comprovadas nos autos para i) os prestadores ora glosados e ii) relativas exatamente ao período glosado, o que mais uma vez evidencia a inequívoca ofensa ao art. 142 do CTN, porquanto demonstra que todos estes recolhimentos foram desprezados pela fiscalização, que preferiu o caminho mais tênue, autuando de forma desmedida todas as NF's vinculadas a estas prestadoras.

Aduz que a autuação incide sobre notas fiscais relacionadas a venda de mercadorias, locação de equipamentos e outras atividades não enquadráveis como serviço e a DRJ/SPO não admite a exclusão dessas NF's porque supostamente contesta se as mesmas tratam de LOCAÇÃO DE MÁQUINAS ou LOCAÇÃO DE MÁQUINAS COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE OPERADOR. Com a devida *venia*, o raciocínio é absurdo porque contraria a LITERIDADE do que está disposto nas NF's, as quais apontam de forma clara que a cobrança se dá em decorrência de uma LOCAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS..

Que teria havido a inobservância à redução na base de cálculo das retenções. previsão legislativa sobre o assunto com tributação indevida sobre 100% da base de cálculo das NF's.

Requer o provimento do presente recurso voluntário, especialmente para que seja, preliminarmente:

a) seja determinada a prevenção da 1ª TO da 3ª Câmara da 2ª SJ para julgamento deste recurso voluntário, nos termos do art. 6º c/c art. 49 do RICARF, tendo em vista que esta Turma já devidamente apreciou recurso voluntário do contribuinte no PTA nº 15586.002463/2008-13, em relação ao qual o presente recurso é conexo e decorrente.

b) declarada a nulidade do acórdão recorrido por supressão de instância e preterição do direito de defesa conferido ao contribuinte (art. 59, II do Decreto nº 70.235/72), haja vista que não analisadas duas preliminares invocadas pela Recorrente em sede de impugnação administrativa, quais sejam:

1) a nulidade desta autuação por vício material em decorrência de ter persistido a irregularidade quanto 1.1) à efetiva demonstração do fato gerador sob discussão e; 1.2) à motivação do arbitramento efetuado nestes autos e;

2) a nulidade da autuação por vício no arbitramento realizado, vez que não restou demonstrada a carência na documentação fornecida pela Empresa, conforme intimações procedidas nestes autos e jurisprudência do CARF no PTA nº 15586.002463/2008-13

Caso superada a nulidade do acórdão recorrido, requer que as preliminares arguidas pela Empresa em sede preliminar de impugnação – e reiteradas neste recurso voluntário, sejam devidamente analisadas para que seja:

a) declarada a preclusão do fisco reautuar os valores originalmente autuados no PTA nº 15586.002463/2008-13, em decorrência da decisão administrativa que decidiu pela coexistência dos vícios material e formal naqueles autos, o que obsta a aplicação do art. 173, II do CTN;

b) também declarada a nulidade desta autuação por vício material em decorrência de ter persistido a irregularidade quanto b1) à efetiva demonstração do fato gerador sob discussão e; b.2) à motivação do arbitramento efetuado nestes autos

c) ainda, declarada a nulidade da autuação por vício no arbitramento realizado, vez que não restou demonstrada a carência na documentação fornecida pela Empresa, conforme intimações procedidas nestes autos e jurisprudência do CARF no PTA nº 15586.002463/2008-13

d) invalidado o arrolamento coercitivo dos dirigentes da Empresa no Relatório de Vínculos da autuação, nos termos da Súmula nº 88 do CARF;

No que tange ao mérito da autuação, melhor sorte não assiste ao fisco, o que leva ao indiscutível cancelamento integral desta cobrança, reforçando ainda o argumento de ofensa ao art. 142 do CTN, porquanto:

a) a fiscalização autuou Notas Fiscais relativas a terceiros contratantes, de modo que inexistia qualquer liame cível ou tributário entre o Prestador de Serviço e a Recorrente.

b) a fiscalização não observou as retenções efetuadas pela Empresa - e já juntadas aos autos do PTA nº 15586.002463/2008-13, o que significa dizer que foram autuados valores já devidamente recolhidos aos cofres públicos. Indiscutível a ocorrência de *bis in idem*.

c) foram novamente autuadas diversos casos de não incidência da norma de retenção, em especial NF's de venda de mercadorias, locação de bens móveis e reembolso de despesas, haja vista que tais valores não dizem respeito a qualquer prestação de serviço e muito menos a cessão de mão-de-obra.

d) ainda quanto ao objeto da autuação, diversas NF's autuadas dizem respeito a prestações de serviços que não caracterizam cessão de mão-de-obra nos termos da Lei nº 8.212/91 e, portanto, incabível a retenção dos 11% do INSS.

e) várias das NF's autuadas previam expressamente a não realização de retenção em decorrência do ajuizamento de medidas judiciais que suspenderam a exigibilidade do tributo devido. Nessas hipóteses, portanto, tampouco havia qualquer dever de retenção por parte da Recorrente.

f) a autoridade fiscal deixou ainda de observar as reduções de base de cálculo previstas na legislação previdenciária, autuando de forma indiscriminada a contribuição previdenciária sobre 100% das notas fiscais glosadas. Trata-se de cobrança a maior que contraria previsão expressa na Lei nº 8.212/91 e nas Instruções Normativas sobre o assunto.

g) por fim, vez que o dever de retenção é instrumental, de modo que a autuação da Recorrente só poderia ser efetuada mediante comprovação efetiva de que o prestador dos serviços não efetuou o recolhimento da contribuição.

Subsidiariamente, a multa de mora cobrada progressivamente nestes autos conforme dicção do art. 35 da Lei nº 8.212/91 (na redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999) deverá ser reduzida ao patamar máximo de 20% sobre o valor do débito, nos termos da nova redação dada ao art. 35 pela Lei nº 11.941/91 c/c art. 61 da Lei nº 9430/96, em observância à retroatividade benigna prevista no art. 106, II, 'c' do CTN.

Por fim, reitera o pedido de produção de prova pericial

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, Relator.

Os recursos são tempestivos e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Consta nos autos às efls. 5.321 que o crédito exonerado pela decisão *a quo* foi no montante de R\$ 3.292.701,91, portanto dentro do limite de alçada para o conhecimento do Recurso de Ofício.

Apesar de seu conhecimento entendo que o presente recurso não deve ser provido.

Do que se depreende da decisão de primeira instância, os valores exonerados foram aqueles em que o contribuinte conseguiu demonstrar suas razões de forma clara e inequívoca, através de argumentos e documentos que motivaram a revisão das contribuições previdenciárias lançadas, culminando na retificação da autuação nos termos da planilha elaborada após a retificação do débito.

Dessa forma nego provimento ao referido recurso com base nos fundamentos adotados pela decisão ora combatida.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

DAS PRELIMINARES

Da Nulidade da Decisão de Primeira Instância

A recorrente argumenta que a Decisão de primeira instância não analisou duas preliminares suscitadas na impugnação, quais sejam; vício de demonstração da ocorrência do fato gerador (art. 142 do CTN) e ausência de pressuposto fático para o arbitramento, conforme decidido pelo CARF.

Entendo que cabe razão parcial ao recorrente uma vez que a questão do arbitramento foi tratada na decisão guerreada como se verifica às efls. 5295/5298.

Já sobre o argumento da ausência de demonstração da ocorrência do fato gerador, verifico que o acórdão combatido não se manifestou acerca da matéria.

Vejamos os tópicos analisados no voto condutor da referida decisão:

PRELIMINARES

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO (NFLD) ANULADA POR VÍCIO FORMAL

(...)

INCLUSÃO DE ADMINISTRADORES (DIRETORES) NO RELATÓRIO DE VÍNCULOS

(...)

MÉRITO

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO REALIZADO POR ARBITRAMENTO E AFERIÇÃO INDIRETA)

(...)

RESULTADO DA DILIGÊNCIA FISCAL

(...)

INADIMPLÊNCIA DAS PRESTADORA DE SERVIÇOS

(...)

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À RETENÇÃO

(...)

LANÇAMENTOS NÃO CONTESTADOS PELO CONTRIBUINTE

(...)

ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE

(...)

ANÁLISE DA MULTA APLICADA: CONFRONTO ENTRE A LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DA INFRAÇÃO COM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE

(...)

PEDIDO DE JUNTADA DE PROVAS DURANTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO

(...)

*REQUERIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA e DILIGÊNCIA**(...)**CONCLUSÃO**(...)*

Pois bem, em nenhum momento do voto há a análise acerca da ausência da demonstração da ocorrência do fato gerador.

Entendo tal fato como relevante tendo em vista que no PAF 15586.002463/2008-13 que foi substituído pelo presente, tanto a autoridade julgadora de primeira instância quanto o CARF foram claros ao afirmar que naqueles autos não restou demonstrada a ocorrência do fato gerador, conforme transcrevemos os trechos das decisões:

Decisão da DRJ/RJ1, Acórdão 12-43.112 - 12ª Turma (efls.10.565):

“A nulidade do presente lançamento também deve ser declarada porque a fiscalização, em seu relatório, de fls. 907/909, não demonstrou a ocorrência do fato gerador, qual seja, a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra. Não basta a autoridade fiscal relacionar as empresas e os respectivos serviços, deve demonstrar como eram executados os mesmos, como se dava a cessão de mão de obra, quais os fatos verificados que o levaram, em cada caso, à conclusão de que houve a efetiva colocação de mão de obra à disposição do tomador, subsumindo-os às normas que regem o tema.

O fato gerador não pode ser presumido, necessária a sua descrição clara e precisa, conforme dispunha a redação então vigente do artigo 37, da Lei nº 8.212/91 e a do artigo 243, do RPS. A definição do lançamento dada pelo CTN, em seu artigo 142, diz que se trata de procedimento tendente à verificação da ocorrência do fato gerador. Ou seja, a autoridade fiscal tem por obrigação legal apontar, de maneira inequívoca os fatos que, em todos os seus contornos, se subsumindo à hipótese de incidência contida na norma, constituem fatos geradores da obrigação tributária.

A fiscalização não demonstrou em seu relatório fiscal, nem nas planilhas que o acompanhavam, a efetiva ocorrência de cessão ou empreitada de mão de obra, dando azo à incerteza, quando deveria ser preciso e inequívoco. Deveria, minimamente, apontar, em relação a cada um dos prestadores, prova de que houve a colocação de mão de obra à disposição da Impugnante.

Ainda que se pensasse na inversão do ônus da prova, autorizada pelo artigo 33, §6º, da Lei nº 8.212/91, o que não deixou claro a fiscalização, tal disposição diz respeito à aferição indireta da base de cálculo da contribuição, jamais do fato gerador. Assim, a mera listagem contendo os possíveis prestadores de serviços, com as respectivas notas fiscais e faturas, sem a demonstração de que ocorreria o fato gerador, não inverte o ônus da prova em desfavor do contribuinte.

A irregularidade na verificação da ocorrência do fato gerador maculou o lançamento, pois atingiu elemento essencial do ato administrativo, o motivo. Enquanto requisito de validade do ato, a ausência de motivo conduz a decretação de sua nulidade, por se tratar de vício insanável.”.

Decisão do CARF: Acórdão 2301-003.434 - 3ª Câmara, 1ªTO

Considero ainda que, além de não constar dos autos a expressa fundamentação legal do arbitramento adotado na ação fiscal, outro erro foi destacado no acórdão guerreado como causa para a nulidade do lançamento do débito, qual seja a ausência de demonstração clara e precisa da situação que motivou a adoção do procedimento de arbitramento, nos termos da legislação de regência da matéria (art. 33, §3º, da Lei nº 8.212/91). “ (...)

“Ressalto, outrossim, que o contribuinte foi diligente ao apresentar as guias de recolhimentos e contratos por amostragem, **apontando faltas na identificação dos fatos geradores** e na apuração da base de cálculo, corroborando, assim a existência de vício insanável para o arbitramento.

Ademais, não se pode abandonar o conceito de que o relatório fiscal é parte integrante do ato constitutivo do lançamento e serve para **demonstrar de forma clara e precisa todos os** procedimentos e **critérios adotados pela fiscalização, devendo por isso mesmo observar as regras estabelecidas no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e art. 37 da Lei nº 8212/91”.**

Ao não analisar este questionamento do contribuinte, entendo que o acórdão guerreado cerceou o direito de defesa da empresa autuada. Caso tal questionamento seja analisado agora por este colegiado poderíamos estar incorrendo em supressão de instância.

Ante ao exposto voto no sentido de reconhecer a nulidade pleiteada.

Uma vez vencido nesta preliminar, curvo-me ao entendimento majoritário e passo à análise das demais questões trazidas no recurso voluntário.

Da Ausência De Pressupostos Fáticos Para Novo Arbitramento

Também coaduno com o entendimento da recorrente de que a presente autuação contém vício ao utilizar o mecanismo do arbitramento.

Importante lembrar que a fiscalização reabriu o procedimento fiscalizatório referente ao período inicialmente autuado no PTA nº 15586.002463/2008-13. Na presente autuação, verifica-se que não houve nova intimação da recorrente para apresentar documentos, valendo-se o i. Auditor não requereu nenhum CONTRATO, GPS, NOTA FISCAL ou qualquer outro documento vinculado à discussão do crédito tributário.

Das intimações constantes dos autos, verifica-se que os únicos documentos solicitados foram prontamente entregues pela recorrente, e como dito acima não estavam vinculados ao crédito em litígio. Tratavam-se de atos constitutivos da empresa.

Na prática a fiscalização não observou todos os pontos observados pela DRJ/RJ1 e pelo CARF quanto aos vícios da primeira autuação e simplesmente reautuou todo o período cancelado, apenas apontando o ‘fundamento legal para o arbitramento’, sem observar os vícios que maculavam a autuação pretérita.

Ora, se não houve solicitação de apresentação de toda a documentação que daria suporte ao crédito lançado, indevido o arbitramento. Desta forma, entendo que o presente lançamento deve ser anulado por Vício Material.

Ante ao exposto, Voto no Sentido de Conhecer dos Recursos, Negar Provimento ao Recurso de Ofício e Dar Provimento ao Recurso Voluntário, no sentido de anular a autuação por vício Material;

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa

Voto Vencedor

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes - Redatora Designada

Em que pese a pertinência das razões e fundamentos legais expressos no voto do Ilustre Relator, ousou discordar de suas conclusões no tocante à preliminar de nulidade da decisão de primeira instância.

A recorrente alega no recurso nulidade da decisão de primeira instância por preterição do direito de defesa, em razão do acórdão recorrido ter deixado de analisar duas preliminares suscitadas na impugnação, quais sejam:

- 1) Vício de demonstração da ocorrência do fato gerador (art. 142 do CTN)
- 2) Ausência de pressuposto fático para o arbitramento.

Ao enfrentar as preliminares suscitadas no recurso voluntário, o Ilustre Relator entendeu que assistia parcial razão à recorrente, pois, a alegação de ausência de demonstração da ocorrência do fato gerador, a seu ver, não fora analisada no acórdão combatido. A fim de fundamentar seu posicionamento, elenca os tópicos contidos na decisão recorrida e conclui que neles não está contemplado o questionamento em discussão.

Com a devida vênia, discordo de seu posicionamento, pois ao examinar os autos às e-fls. 5296 e 5297, verifico que a questão do vício de demonstração da ocorrência do fato gerador foi tratado pelo acórdão recorrido, muito embora não tenha sido utilizado tópico específico para tanto. Colaciono a seguir trechos que tratam justamente sobre a análise da demonstração da ocorrência do fato gerador:

11.3. Indiscutível que, uma vez verificada a contratação de serviços realizados mediante cessão de mão de obra, cabe à empresa contratante realizar a retenção de 11% sobre o valor bruto da Nota Fiscal (respeitadas as regras específicas para cada caso, conforme previsto nas normas infralegais) e efetuar o seu recolhimento em nome da prestadora de serviços, retenção esta que se presume realizada à época e pode lhe ser exigida.

11.3.1. Ocorre cessão de mão de obra quando a empresa contratada cede trabalhadores, colocando-os à disposição da empresa contratante, para realizar serviços contínuos, em suas dependências ou na de terceiros. Três seriam, assim, os requisitos fundamentais para que a prestação de serviço seja considerada cessão de mão de obra: (a) os trabalhadores devem ser colocados à disposição da empresa contratante; (b) os serviços prestados devem ser contínuos, assim entendidos aqueles serviços necessários para as atividades da contratante, com natureza não eventual; (c) a prestação de serviços deve se dar nas dependências da contratante ou na de terceiros.

11.3.2. O Relatório Fiscal discorre sobre os procedimentos de fiscalização realizados na empresa originalmente autuada, relatando que foi apresentada relações de serviços prestados por pessoas jurídicas, em meio digital (sistemas SGST, GESS e GPI), contendo descrição resumida dos serviços realizados. Porém, a autuada apresentou de forma deficiente os documentos comprobatórios dos serviços prestados (Notas Fiscais, Faturas e Recibos, com os respectivos contratos), impossibilitando a perfeita identificação daqueles que se enquadrariam na modalidade de retenção prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

11.3.3. No entanto, a autuada forneceu uma relação das empresas prestadoras de serviços que possuíam empregados trabalhando continuamente dentro das suas dependências, na sua área operacional localizada no Complexo Siderúrgico de Tubarão em Vitória – ES (Anexo I). Relata a Auditora-Fiscal que os empregados terceirizados tinham acesso às dependências da contratante, identificados através de crachás, inclusive acesso ao restaurante, onde faziam suas refeições juntamente com os empregados da contratante, fatos estes não contestados pela ora impugnante.

11.3.4. Assim, os documentos analisados pela Autoridade Fiscal, ainda que insuficientes para a perfeita identificação dos serviços prestados pelas empresas relacionadas à autuada, forneceram fortes indícios de que esses serviços eram realizados mediante

cessão de mão de obra e estariam subsumidos à regra prevista no citado art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.711/98.

11.4. Relembra-se que, nos termos da legislação de regência, cabia à fiscalizada demonstrar, através dos documentos hábeis, as origens dos fatos geradores das contribuições previdenciárias do período fiscalizado, possibilitando à Auditoria Fiscal a avaliação completa e detalhada das bases de cálculo e das respectivas contribuições devidas. A recusa da Empresa permitiram à Autoridade Fiscal fazer uso do disposto nos §§ 3º e 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91:

(...)

11.8. Em conclusão, sabendo-se que a Auditora-Fiscal solicitou à autuada a apresentação de todos os documentos relacionados aos serviços prestados, sendo atendida parcialmente, bem adotou a regra para arbitramento prevista no §3º do art. 33 da Lei nº 8.212/91 com a inversão do ônus da prova ao contribuinte. Outrossim, a apresentação deficiente dos documentos impossibilitou à Fiscalização a averiguação das bases de cálculo das retenções devidas por meio do documento próprio para tal (Notas Fiscais), o que motivou a utilização da aferição indireta desses valores (§6º do art. 33 da Lei nº 8.212/91) a partir dos elementos disponibilizados pela autuada, em especial seus registros informatizados dos serviços realizados (sistemas SGST, GESS e GPI).

11.8.1. Ainda, a não apresentação de todos os documentos inerentes à prestação de serviços (notas fiscais e contratos) prejudicou a verificação da existência contratual de fornecimento de materiais ou utilização de equipamentos, impossibilitando a exclusão de quaisquer valores da base de cálculo da retenção, que foi aferida como sendo o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço conforme regra geral prevista no já citado art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Ante ao exposto, verifica-se que não houve preterição do direito de defesa e nem supressão de instância, pois as questões ora levantadas foram analisadas pelo acórdão recorrido. Rejeito a preliminar suscitada.

É como voto.

Sheila Aires Cartaxo Gomes

(assinado digitalmente)