



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 15979.000437/2007-48
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-008.216 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 26 de setembro de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMPANHIA SIDERURGICA PAULISTA COSIPA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/04/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL.
DEMONSTRAÇÃO DE DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO.

Restando demonstrada a divergência e constatando-se o atendimento aos demais pressupostos necessários à admissibilidade o Recurso Especial deve ser conhecido.

LANÇAMENTO. RETENÇÃO. RECONHECIMENTO DE VÍCIO.
NATUREZA FORMAL.

Uma vez reconhecida a existência de vício, em razão de questões relacionadas à descrição dos fatos que deram azo à autuação, deve o vício ser caracterizado como de natureza formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Ana Cecília Lustosa da Cruz (relatora) e João Victor Ribeiro Aldinucci, que não conheceram do recurso. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Ana Cecília Lustosa da Cruz (relatora), Ana Paula Fernandes, João Victor Ribeiro Aldinucci e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardoso- Presidente.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Paula Fernandes, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o Acórdão n.º 2402-004.184, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de julgamento do CARF, em 17 de julho de 2014, no qual restou consignada a seguinte ementa, fls. 959:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/04/2002

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO. COMPROVAÇÃO.

Quando de lançamentos associados à tributação incidente sobre cessão de mão de obra, esta deve ser comprovada pelo fisco. Ausentes os requisitos legalmente estabelecidos para configuração da cessão de mão de obra, descabida a autuação.

Recurso Voluntário Provido.

No que se refere ao Recurso referido anteriormente, fls. 970 e seguintes, houve sua admissão, por meio do Despacho de fls. 983 e seguintes, para rediscutir a matéria relativa natureza do vício existente no lançamento (material ou formal).

Em seu recurso, aduz a Procuradoria da Fazenda, em síntese, que:

- a) a decisão ora recorrida determinou a anulação por vício material do lançamento por ausência de comprovação e descrição clara e detalhada do fato gerador da contribuição previdenciária;*
- b) tem-se que um lançamento tributário é anulado por vício formal quando não se obedece às formalidades necessárias ou indispensáveis à existência do ato, isto é, às disposições de ordem legal para a sua feitura;*
- c) a descrição deficiente do fato gerador, vício apontado pelo colegiado como causa nulidade do lançamento por vício material, a toda vista, não pode ser considerado como de tal natureza e intensidade a ponto de determinar a exclusão dos valores do lançamento, pois se assim fosse estar-se-ia afirmando que o motivo (fato) nunca existiu;*
- d) conclui-se que o acórdão recorrido mostra-se equivocado ao afirmar que a deficiência na descrição dos fatos originários do lançamento constitui causa pura e simples para a anulação do lançamento por vício material, eis que se vício existe no lançamento, este é de natureza formal, visto que relacionado a elemento de exteriorização do ato administrativo devendo ensejar, portanto, a nulidade do lançamento nesses termos (por vício formal);*
- e) requer a FAZENDA NACIONAL seja conhecido e provido o presente RECURSO ESPECIAL para reformar o acórdão atacado e declarar a natureza meramente formal do vício que maculou o lançamento tributário.*

Antes da apresentação das contrarrazões, o Contribuinte apresentou petição acerca do objeto do Recurso Especial interposto pela Procuradoria, no sentido de que “mesmo que o Recurso especial da Fazenda Nacional seja provido declarando-se a nulidade formal do lançamento originário, não poderá eventual novo lançamento abranger as competências expressamente excluídas pelo CARF e cuja exclusão não fora impugnada pela Procuradoria da Fazenda Nacional”.

Intimado, o Contribuinte apresentou contrarrazões, fls. 1.001 a 1.014, com as seguintes alegações:

a) o paradigma n.º 2302-000.386 não se presta a comprovação da divergência jurisprudencial suscitada;

b) no acórdão paradigma n.º 2401-000.018, verifica-se que naquela oportunidade a matéria analisada por esse Conselho é totalmente diversa, não abrangendo e não guardando a menor semelhança acerca da discussão que envolve a retenção das contribuições previdenciárias regulada pelo art. 31 da Lei 8.212/91;

c) quanto ao mérito, nos casos em que a descrição do fato gerador contido no lançamento tributário não é suficiente para a certeza de sua ocorrência, estaremos diante da ausência de um elemento material para a correta configuração da obrigação tributária, a ensejar, portanto, a nulidade do lançamento por vício material;

d) o lançamento fiscal foi anulado devido a vício insanável o lançamento, ou seja, a falta de provas e apontamentos legais quanto aos fatos geradores da exação (ocorrência da cessão de mão-de-obra), resultando na correta anulação por vício material;

e) não deve ser conhecido o recurso, e, eventualmente, caso conhecido, seja negado provimento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora

1. Do conhecimento

Sustenta o Recorrido que o Recurso Especial sob análise não deve ser conhecido, considerando a ausência dos pressupostos de admissibilidade.

Pelo que se extrai do acórdão recorrido, foram fundamentos para a caracterização do vício como material os seguintes:

Da análise do relatório fiscal de fls. 21/27 verifica-se que a Fiscalização lavrou o auto de infração com base exclusivamente no objeto do contrato de prestação de serviços, sem análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para configuração da cessão de mão-de-obra.

Neste sentido, não obstante o objeto do contrato apontado estivesse contido no rol das atividades que seriam de sofrer a retenção dos valores em apreço, o lançamento não se fez acompanhar de elementos probantes de que os

empregados das contratadas estiveram efetivamente à disposição do contratante, o que caracterizaria de modo inequívoco a cessão de mão de obra. (...).

A cessão de mão de obra, portanto, não pode ser presumida. Há que restar materialmente comprovada.

No caso dos autos, a Fiscalização entendeu que pela descrição das atividades a serem exercidas (manutenção, serviços de usinagem de campo, recondicionamento de transformador e reforma geral de 'sinter II'), **estar-se-ia diante de inequívoca circunstância de cessão de mão de obra**. Todavia, a previsão dos referidos serviços dentre as atividades submetidas à regra de tributação (se assim estivesse, o que não parece ser o caso) por si só não demonstra a obrigação da Recorrente em reter os 11%, vez que não comprovado pela Fiscalização que a mão de obra esteve à disposição da empresa tomadora em caráter de subordinação.

Destarte, não demonstrado o cumprimento dos critérios que configurariam a cessão de mão de obra, quais sejam: i) colocação do empregado da contratada à disposição do contratante, ii) em suas dependências ou de terceiros; iii) realização de serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, não há que se falar em obrigação tributária por parte da Recorrente.

Assim, observa-se que as razões constantes no acórdão recorrido apontam para dois fundamentos essenciais: a) lavratura do auto de infração com **base exclusivamente no objeto do contrato de prestação de serviços, sem análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para configuração da cessão de mão-de-obra**; e b) o **lançamento não se fez acompanhar de elementos probantes de que os empregados das contratadas estiveram efetivamente à disposição do contratante, o que caracterizaria de modo inequívoco a cessão de mão-de-obra**.

Os paradigmas indicados pela Procuradoria tratam da nulidade por vício formal, em situações nas quais se constata a ausência/insuficiência de descrição do fato gerador da obrigação tributária (Acórdão 2302-00.386 2401-000.018).

Portanto, não se vislumbra a existência de similitude fática entre os julgados, razão pela qual não se mostra possível identificar a divergência jurisprudencial, considerando que a decisão recorrida teve como fundamento, além da descrição do fato gerador da obrigação tributária, a **questão atinente à ausência de elementos probatórios nos autos**.

Cabe salientar que não houve irresignação da Recorrente quanto às competências excluídas do lançamento, quando da análise do recurso voluntário, em razão da liminar que desobrigou o contribuinte da retenção e recolhimento da contribuição de 11%, conforme consta da fls. 695, motivo pelo qual a matéria encontra-se definitiva no âmbito desse Conselho.

Diante do exposto, voto por não conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

2. Do mérito

O presente lançamento refere-se às CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DEVIDAS CUJOS COMPROVANTES DE RECOLHIMENTOS NÃO FORAM APRESENTADOS À FISCALIZAÇÃO PELA EMPRESA NOTIFICADA A QUAL, COMO CONTRATANTE DE SERVIÇOS EXECUTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MAO DE OBRA, TEM OBRIGAÇÃO

LEGAL DE RETER E RECOLHER EM NOME DA EMPRESA CONTRATADA E CEDENTE DA MÃO DE OBRA.

Conforme narrado, assevera a Recorrente que o acórdão recorrido mostra-se equivocado ao afirmar que a deficiência na descrição dos fatos originários do lançamento constitui causa pura e simples para a anulação do lançamento por vício material, eis que se vício existe no lançamento, este é de natureza formal, visto que relacionado a elemento de exteriorização do ato administrativo devendo ensejar, portanto, a nulidade do lançamento nesses termos (por vício formal).

Nos termos do relatório fiscal de fls. 21/27, os serviços apurados correspondem à manutenção de instalações de máquinas e equipamentos e montagem e operação de máquinas.

Contudo, considerando a questão da ausência de provas sobre a caracterização da mão-de-obra, matéria essa não impugnada no recurso, entendo que se encontra acertada a decisão recorrida, pois não havendo como se constatar o motivo do lançamento, bem como sua motivação, identifica-se um vício de natureza material.

Assim, adoto como razões de decidir os fundamentos utilizados na decisão *a quo*, os quais transcrevo abaixo:

Das obrigação de retenção por tomadora de serviços mediante cessão de mão de obra

A cessão de mão de obra está prevista na Lei nº 8.212/91 através do artigo 31, §§ 1º, 2º e 3º e no Regulamento da Previdência Social no artigo 219, §§ 1º a 4º e 7º: Lei nº 8.212/91:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante

cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto

da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em

nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida

até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

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

Decreto nº 3048/99:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário,

deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entendesse como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Da análise do relatório fiscal de fls. 21/27 verifica-se que a Fiscalização lavrou o auto de infração com base exclusivamente no objeto do contrato de prestação de serviços, sem análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para configuração da cessão de mão de obra.

Neste sentido, não obstante o objeto do contrato apontado estivesse contido no rol das atividades que seriam de sofrer a retenção dos valores em apreço, o lançamento não se fez acompanhar de elementos probantes de que os empregados das contratadas estiveram efetivamente à disposição do contratante, o que caracterizaria de modo inequívoco a cessão de mão de obra.

Nos termos dos dispositivos que tratam da matéria, para que se configure a cessão de mão de obra, independentemente da natureza do serviço, necessário que o pessoal utilizado (segurados empregados das contratadas) fique à disposição exclusiva do tomador sendo este último quem determina o que, como e quando fazer, gerenciando de forma efetiva a realização do serviço.

A cessão de mão de obra, portanto, não pode ser presumida. Há que restar materialmente comprovada.

No caso dos autos, a Fiscalização entendeu que pela descrição das atividades a serem exercidas (manutenção, serviços de usinagem de campo, recondicionamento de transformador e reforma geral de 'sinter II'), estar-se-ia diante de inequívoca circunstância de cessão de mão de obra. Todavia, a previsão dos referidos serviços dentre as atividades submetidas à regra de tributação (se assim estivesse, o que não parece ser o caso) por si só não demonstra a obrigação da Recorrente em reter os 11%, vez que não comprovado pela Fiscalização que a mão de obra esteve à disposição da empresa tomadora em caráter de subordinação.

Destarte, não demonstrado o cumprimento dos critérios que configurariam a cessão de mão de obra, quais sejam: i) colocação do empregado da contratada à disposição do contratante, ii) em suas dependências ou de terceiros; iii) realização de serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, não há que se falar em obrigação tributária por parte da Recorrente.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente).

Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Voto Vencedor

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho - Redator designado.

Não obstante as considerações trazidas no voto da i. Relatora, delas divirjo pelas razões de fato e de direito que exponho a seguir.

Conhecimento

De acordo com o voto vencido, a declaração de nulidade referida na decisão recorrida contaria com dois fundamentos: i) a autuação teria sido lavrada exclusivamente com base no objeto do contrato de prestação de serviços, sem análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para configuração da cessão de mão-de-obra; e ii) o lançamento não teria se feito acompanhar de elementos probantes de que os empregados das contratadas estiveram efetivamente à disposição do contratante, o que caracterizaria de modo inequívoco a cessão de mão-de-obra. De outra parte, os paradigmas não serviriam para demonstrar a divergência, visto terem decidido pela ocorrência de nulidade por vício formal em razão ausência/insuficiência de descrição do fato gerador da obrigação tributária.

Todavia, conquanto do voto condutor da decisão recorrida conste a afirmação de que “o lançamento não se fez acompanhar de elementos probantes de que os empregados das contratadas estiveram efetivamente à disposição do contratante”, entendo que esses elementos não dizem respeito a outros elementos de prova além dos contratos acostados aos autos, até porque o presente processo não foi instruído apenas com contratos de prestação de serviços, mas também com notas fiscais, demonstrações contábeis e outros elementos de prova que levaram a fiscalização a formar a convicção de que a cessão de mão-de-obra teria efetivamente ocorrido. Aliás, o Relatório Fiscal (fls. 23/29) faz menção expressa aos documentos que motivaram o lançamento em virtude de cessão de mão-de-obra.

Os propalados “elementos probantes”, em minha compreensão, dizem respeito à correta descrição de que os serviços objeto do lançamento foram prestados com a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados para a realização serviços contínuos, nos termos do § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991 e isso fica mais claro quando o julgador *a quo* afirma que “Fiscalização lavrou o auto de infração com base exclusivamente no objeto do contrato de prestação de serviços, sem análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para configuração da cessão de mão de obra”.

Observe que não se está a tratar de elementos de provas adicionais àqueles carreados aos autos, mas à necessidade de demonstração de que os critérios estabelecidos em lei para a caracterização da cessão de mão-de-obra estariam presente na relação estabelecida entre tomador e prestadores de serviços. Situação semelhante a essa pode ser verificada da leitura da ementa do primeiro paradigma, Acórdão nº 2302-00.386, em que, pelo que se indica, apesar dos documentos acostados aos autos, a Fiscalização deixou de demonstrar que a ocorrência de cessão de mão-de-obra, nos termos da legislação de regência. Vejamos:

RETENÇÃO 11%. FALTA CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RELATÓRIO INCOMPLETO. NULIDADE.

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n.º 9.711/1998.

O órgão previdenciário aponta que a recorrente deveria ter efetuado a retenção, entretanto não indicou no relatório fiscal, nem na complementação do relatório, os fundamentos para enquadrar os serviços prestados como sujeitos à retenção de 11%. Não foi realizado o cotejamento pelos Auditores-Fiscais entre a documentação analisada e a legislação que dispõe acerca da cessão de mão-de-obra. (Grifou-se)

O mesmo se pode dizer do segundo paradigma, Acórdão nº 2401 -00.018, trata de situação em que o lançamento foi anulado por falta de demonstração adequada dos procedimentos adotados para a constituição do crédito tributário. Confira-se:

Observe-se, por fim, que o Relatório Fiscal tem por finalidade , demonstrar/explicar, resumidamente, como procedeu a autoridade lançadora na constituição do crédito previdenciário, devendo, dessa forma, ser claro e preciso relativamente aos procedimentos adotados pela fiscalização ao promover o lançamento, concedendo ao contribuinte conhecimento pleno dos motivos ensejadores da notificação, possibilitando-lhe o amplo direito de defesa e contraditório, sobretudo tratando-se de lançamento por arbitramento.

Nesse contexto, deve ser declarada a nulidade do feito, em observância a legislação de regência, mais precisamente dos artigos do CTN, das Leis 8.212/91 e 9.784 encimados, uma vez que essas omissões contaminam a exigência fiscal, tornando-a precária, não lhe oferecendo certeza ou liquidez, principalmente pelo fato de se mostrar insanável e por cercear o direito de defesa da recorrente. (Grifou-se)

De outra parte, a Recorrida afirma ainda que o Acórdão nº 2302-00.386, embora trate de caso idêntico ao ora analisado, não se prestaria a demonstrar a divergência, pois sua conclusão foi também pela anulação do lançamento.

Ocorre que o Acórdão nº 2302-00.386 anulou o lançamento a que se referia por vício de forma, sendo que o objeto do apelo sob análise é justamente esse, que se reconheça que o vício que maculou o lançamento é de índole formal e não material como decidido pelo Colegiado Ordinário, não havendo, nesse ponto, como acolher a assertiva do Sujeito Passivo.

Outra questão abordada nas Contrarrazões é que o Acórdão nº 2401 -00.018 trataria de matéria diversa da abordada na decisão desafiada, motivo pelo qual seria imprestável para comprovar a existência de interpretação dissonante da legislação tributária. Contudo, a discussão aqui empreendida não tem relação com o mérito de cada um dos lançamentos, mas com a natureza do vício resultante da descrição insuficiente do fato gerador da obrigação tributária e, quanto a isso, tanto o citado paradigma quanto a decisão fustigada tratam da matéria e apresentam soluções em sentido oposto, restando caracterizado do dissenso jurisprudencial também quanto a esse último paradigma.

Dito isso, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional e passo a analisá-lo o mérito.

Mérito

Consoante relatado acima, o acórdão o Colegiado Ordinário decidiu por anular a decisão recorrida tendo em vista que, no seu entender, a Fiscalização lavrou o auto de infração sem a devida análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para caracterização da cessão de mão-de-obra.

A despeito disso, embora entenda que o ato administrativo do lançamento deva ser revestir de todas as formalidades previstas em lei, entendo que aspectos relacionados à formalização da autuação, previstos no art. 10 do Decreto nº 70.237/1972 pode levar, quando muito, à anulação do por vício de forma.

Ademais, no caso concreto, diferentemente do que descreve o Sujeito Passivo em suas contrarrazões, não se está diante de falta de provas, pois se assim o fosse, sequer haveria de se falar em nulidade, mas no acolhimento das razões de defesa da Contribuinte para se dar provimento ao seu apelo recursal. As provas, dentre elas os contratos de prestação de serviços, as notas fiscais e demonstrações contábeis respectivas, regularmente apresentadas, foram devidamente acostadas aos autos, como se depreende do Relatório Fiscal.

De outra parte, tem-se que o lançamento foi efetuado pela via do arbitramento, consoante previsão contida no § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991, tendo-se em conta que, ou determinados elementos probatórios deixaram de ser exibidos pela Contribuinte ou, quando exibidos, não se prestaram a comprovar que os valores nelas incluídos não refletiam aquilo que fora pactuado nos contratos de prestação de serviços. A esse respeito, convém reproduzir os seguintes trechos do Relatório Fiscal:

5. BASE DE CALCULO

A base de cálculo do presente levantamento foi lançada através de critério de arbitramento, com base no Parágrafo 3º do Artigo 33 da Lei 8212/91 e alterações posteriores.

A decisão acima, desta Auditoria Fiscal, está fundamentada no que segue:

- a) conforme pode-se observar no Quadro demonstrativo em anexo (**Anexo 1**), há grande discrepância de valores entre o montante pactuado nos 6 (seis) contratos e seus aditamentos e o total apurado nas Notas Fiscais apresentadas à fiscalização pela notificada, em verdade, relativas à apenas dois contratos;*
- b) a verificação contábil constatou lançamentos de notas fiscais não apresentadas para análise da Auditoria Fiscal;*
- c) a numeração dos contratos firmados indica que os mesmos têm vigência **anterior a 10/99** quando so então a empresa implantou a nova numeração através do Sistema SAP, 4 (quatro) dos quais com numeração atualizada.*

*Assim, a base de cálculo do presente levantamento foi arbitrada com base nos valores contratuais distribuídos no período fiscalizado, conforme 110 demonstrativo **no Anexo 2**. Não foram apresentadas GPS para aplicação da dedução legal.*

Desse modo, não se pode falar em ausência de requisitos necessários à configuração do fato gerador da obrigação tributária. Os documentos acostados aos autos mostram-se suficientemente aptos a demonstrar a ocorrência da cessão de mão-de-obra e, ainda que se considere alguma insuficiência em relação esses documentos, isso se deve ao descumprimento, pela empresa, de obrigação expressamente prevista no § 2º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991. Vejamos:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o

recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.(Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001).

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

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

[...] (Grifou-se)

Ora, se empresa deixou de apresentar documentos ou informações ou os apresentou de forma insuficiente, essa está sujeita à imposição de multa por descumprimento de obrigação tributária acessória e ao arbitramento das contribuições reputadas devidas, como ocorreu no presente caso, isto é, não é lícito ao sujeito passivo se beneficiar de situações dessa natureza quando tenha sido ele o responsável por eventuais omissões ou incorreções verificadas. A esse respeito, insta recorrer ao dispostos nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

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

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se)

Em vista das considerações feitas acima, entendo que o crédito tributário foi lavrado em observância à legislação de regência e, em razão disso, o lançamento não padece de vício de qualquer espécie.

Entretanto, a lide restringe-se à discussão quanto a natureza do vício que maculou o lançamento, se formal ou material, não cabendo ao julgador administrativo extrapolar seus limites.

Desse modo, partindo do pressuposto de que o ato do lançamento está contaminado por vício de nulidade, considero ser esse de índole formal.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, dou-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho