



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23 / 07 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Sisppe 877862

CC02/C06
Fls. 833

Processo nº	16041.000097/2007-99
Recurso nº	145.179 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO 11%
Acórdão nº	206-00.454
Sessão de	14 de fevereiro de 2008
Recorrente	AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 15 / 08 / 08
Rubrica B.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/07/2005


Ementa: PREVIDENCIÁRIO – CUSTEIO –
CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA – RETENÇÃO 11%.

A falta da exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária dificulta o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, retirando do crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal. A inviabilidade do saneamento do vício enseja a anulação do crédito.

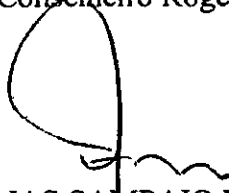
Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 16041.000097/2007-99
Acórdão n.º 206-00.454

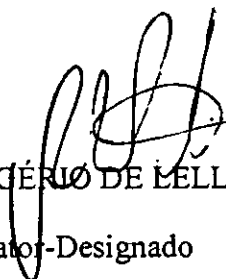
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL		CC02/C06
Brasília, 21, 07, 08		Fls. 834
 Sâma Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862		

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos em anular a NFLD. II) por voto de qualidade em declarar a nulidade por vício material. Vencidos os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Bernadete de Oliveira Barros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por declarar a nulidade por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor, quanto a parte referente a declaração de nulidade por vício material, o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO

Relator-Designado

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 21, 07, 08	
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862	

Relatório

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

Consta do Relatório da NFLD (fls. 79 a 87) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto à empresa GLOBAL PINDA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, sem, contudo, efetuar a retenção de 11% do valor bruto das notas/faturas emitidas pela contratada, contrariando o disposto na Lei 9.711/98 e nas Ordens de Serviço n.º 203/99, n.º 209/99 e IN's 69/2002, 100/2003 e 03/2005.

A autoridade notificante relata também que o Contrato de Prestação de Serviços apresentado prevê o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos, máquinas, veículos, ferramentas e material, sem, contudo, discriminar os respectivos valores, impossibilitando a redução da base de cálculo nos termos do art. 151, IN 03/05.

Informa que as notas fiscais, faturas e recibos não apresentados foram apurados diretamente dos lançamentos contábeis e que foram consideradas para dedução do levantamento fiscal as GRPS/GPS apresentadas com código de pagamento 2631.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 128 a 537, alegando, em síntese, cerceamento de defesa por falta de tempo hábil para elaboração da defesa de 120 notificações, decadência do débito, inexistência da cessão de mão-de-obra, prestação de serviços por pessoa jurídica sem empregados, cobrança em duplicidade e tributação de valores indevidos, extinção da responsabilidade do tomador de serviço e inaplicabilidade de juros moratórios com base na taxa Selic.

Da análise da defesa, o processo foi convertido em diligência e a autoridade notificante se manifestou, conforme despacho de fls.542 a 545, esclarecendo os motivos de convencimento da fiscalização da existência da cessão de mão de obra e da obrigatoriedade da retenção e informando que os documentos juntados na impugnação em nada modificaram o entendimento inicial, já que o contrato foi firmado entre a empresa IOSCHE MAXION S/A, sócia gerente da notificada, e a prestadora GLOBAL PINDA, enquanto que as notas fiscais foram emitidas em nome da notificada.

Observa que na impugnação a notificada apresentou o Contrato de Prestação de Serviço e notas fiscais não disponibilizados na ação fiscal e lista os motivos pelos quais entende que o referido contrato corrobora a caracterização do serviço como sendo por cessão de mão-de-obra.

Argumenta que a notificada, ao não apresentar o Contrato de Prestação de Serviços durante a ação fiscal inverteu o ônus da prova de caracterizar a cessão de mão-de-obra, já que tal documento é essencial na definição do tipo de serviço prestado e alega que a ausência de caracterização da cessão de mão-de-obra no Relatório Fiscal foi por motivos alheios à vontade da fiscalização previdenciária, que não teve outra saída a não ser recorrer à presunção.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 21, 07, 08 Sílma Alves De Oliveira Mat.: Sisepe 877862
--

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 552 a 557, defendendo que deveria ter sido reaberto prazo de defesa de 15 dias à impugnante, e não de apenas 10 dias como ocorreu, já que a nova manifestação da auditoria fiscal trouxe a própria fundamentação do lançamento, pressuposto de validade do ato administrativo.

Alega, em síntese, que jamais se recusou a colaborar com a auditoria, afirmando que, no curso da ação fiscal, disponibilizou todos os documentos que pôde amealhar a respeito das contratações de serviços prestados no período fiscalizado, sendo que a documentação que teve que providenciar junto aos prestadores de serviço foram anexados à impugnação.

Defende que, ao contrário de que entende a fiscalização, se não existe elementos caracterizadores da cessão de mão-de-obra presume-se que não existiu cessão, não havendo nada na espécie que autorize a inversão do ônus da prova, ou que justifique a presunção levada a cabo pela auditoria fiscal.

Esclarece que a notificada é sucessora parcial da losche Maxion S/A e que, por isso, assumiu diversas de suas responsabilidades, inclusive a decorrente do presente contrato, e nega que tenha contratado cessão de mão-de-obra, mas apenas prestação de serviços nas áreas de treinamento e assistência técnica, sendo que o objeto da contratação foi a expertise no atendimento pós-venda aos clientes da notificada.


Destaca que os serviços eram prestados diretamente por um dos sócios da empresa prestadora, o que, segundo entende, desobriga a recorrente de efetuar a retenção da contribuição previdenciária.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação nº 21.437.4/0057/2007 (fls. 774 a 785), julgou o lançamento procedente, ressaltando que os prazos para impugnação não podem ser prorrogados, nos termos do ar. 35, da Portaria 520/2004 e informando que não há como acolher a solicitação de produção de prova documental e indeferiu o pedido de perícia.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 791 a 809), repetindo basicamente as alegações trazidas na impugnação e após a manifestação fiscal.

Preliminarmente, insiste que deveria ter sido concedido novo prazo de 15 dias para apresentação de defesa pois a manifestação da auditoria após a impugnação não configura mero encerramento de instrução do processo, e sim o próprio lançamento, pois só ali foram arrolados os fundamentos que conferem a validade ao ato administrativo do lançamento, não bastando, portanto, a abertura de prazo de dez dias para colher simples manifestação da notificada.

Reitera que é descabida a presunção de existência de mão-de-obra e que não basta a IN 03/05 prever que os serviços de assistência técnica e treinamento constituiriam caso de retenção, pois é imprescindível a demonstração, pela auditoria fiscal, de que as atividades em mira preencheriam os pressupostos da cessão, concluindo que nada há nos autos que autorizasse a inversão do ônus da prova.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES		
CONFERE COMO ORIGINAL		
Bresília,	28	07
		08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862		

CC02/C06
Fls. 837

Cita o art. 142 do CTN e a doutrina para tentar demonstrar que sem a prova do evento ocorrido no mundo fático, não há que se falar em fato tributário típico ou tributo imputável ao sujeito passivo e defende que o lançamento de ofício e inversão do ônus da prova com base no art. 233 do RPS não são cabíveis, já que todos os documentos de que a recorrente dispunha foram apresentados.

Ainda em preliminar, reitera o entendimento de que a lei 8.212/91 por ser ordinária, não poderia ter fixado prazo decadencial superior ao previsto no art. 150, § 4º, do CTN, lei complementar, que determina que a Fazenda Pública possui o prazo de 5 anos para lançar o débito, nos casos de tributos por homologação, sob pena de afronta ao art. 146, III da CF/88.

No mérito, insiste que não houve cessão de mão-de-obra, pois os serviços prestados, conforme elementos colocados à disposição da auditoria, não preenchem os requisitos do § 3º, do art. 31, da Lei 8.212/91, quais sejam, colocação dos serviços à disposição do contratante e prestação de serviços contínuos, e que, como se extrai da própria natureza do serviço contratado, a prestação de resultado depende da capacidade técnica da prestadora de serviços.

Aduz que está dispensada de efetuar a retenção por força da OS 203/99, que desobrigava a contratante de empresas dotadas de capacitação técnica específica de reter a contribuição em tela e sustenta que os argumentos de que a recorrente teria se utilizado de grande quantidade de serviços prestados por terceiros que seriam de necessidade permanente da empresa não suprem a deficiência do lançamento que, conforme advertira a Seção do Contencioso de São José dos Campos, veio desacompanhado de demonstração tópica de elementos objetivos de convicção.


Destaca que os serviços em causa foram prestados pelo próprio sócio titular da empresa sem o concurso de empregados, hipótese que as próprias IN's 71/02, 100/03 e 03/05 dispensam a retenção e, como o texto constitucional prevê que a contribuição previdenciária devida pelo empregador incide sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos a pessoas físicas que lhe prestem serviço, não há que se falar em retenção nos casos em que o serviço é prestado pelo próprio sócio e em que o prestador de serviços não possui nenhum funcionário, como é o caso presente, conforme comprovam as RAIS de 1999 a 2005 apresentadas pela contratada.

Repete as razões de defesa sobre a inaplicabilidade de juros SELIC, acrescentando o argumento de que a competência para apreciação da legalidade ou constitucionalidade de atos normativos não é exclusiva do Poder Judiciário, devendo a autoridade administrativa, ao se deparar com arguições de ilegalidade, deve julgar o caso concreto, apreciando a lei em conformidade com a Constituição.

A SRP não ofereceu contra-razões.

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 23, 07, 08	
	
Síma Alves de Oliveira Mat.: Sipe 877662	

Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e está desacompanhado do depósito recursal por força de liminar concedida em Mandado de Segurança (fls. 810 a 812).

Da análise dos autos, algumas inconsistências foram observadas.

Inicialmente, a autoridade notificante afirma, no item 9.1 do Relatório Fiscal (fl. 83), que foi apresentado o Contrato de Prestação de Serviços, cuja cópia se encontra anexa.

No entanto, da análise dos documentos anexos à NFLD verifica-se a ausência do referido Contrato.

Instada a se manifestar sobre a impugnação apresentada pela notificada, a autoridade fiscal elenca os motivos pelos quais entendeu que houve cessão de mão de obras, e entre eles consta a não-apresentação do Contrato de Prestação de Serviços (item 1.2 fl. 544).

Dessa forma, constata-se a ocorrência de afirmações conflitantes entre as constantes do Relatório Fiscal e as expostas no Despacho de fls. 543 a 545.

O agente notificante observa, ainda, que na impugnação a notificada apresentou o Contrato de Prestação de Serviços e Notas Fiscais não disponibilizados durante a ação fiscal. Tais documentos, conforme entende, são elementos essenciais na definição da prestação dos serviços. Todavia, aponta o fato de o Contrato apresentado na impugnação ter sido firmado entre a empresa IOSCHE e a prestadora GLOBAL, e as notas fiscais terem sido emitidas em nome da recorrente como um dos motivos de que tal documento em nada alterou o entendimento inicial.

Portanto, o contrato analisado durante a ação fiscal e que ensejou a caracterização dos serviços como sendo prestados com cessão de mão-de-obra não é o mesmo apresentado na impugnação.

Todavia, o fiscal inverteu o ônus da prova sob alegação de ausência de contrato, peça essencial na caracterização da cessão de mão-de-obra.

Portanto, não ficou claro, nem no Relatório Fiscal e nem na manifestação posterior, o motivo pelo qual a fiscalização recorreu à presunção e inverteu o ônus da prova, já que, conforme afirmado em um primeiro momento, o contrato foi apresentado na ação fiscal.

Vale lembrar que o lançamento, como ato administrativo, deve ser fundamentado, ou seja, motivado, indicando, de forma clara e precisa, os fatos e dispositivos legais que lhe deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade do procedimento.

Tratando-se de presunção da ocorrência do fato gerador de e inversão do ônus da prova, com mais razão o lançamento levado a efeito pelo fisco deve estar devidamente motivado, tendo em vista os limites e condições impostos pela legislação de regência para tal procedimento.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 21, 07, 08	CC02/C06 Fls. 839
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862	

Na verdade, a autoridade notificante motivou o procedimento por ela adotado de forma equivocada, pois alegou a não-apresentação de contrato como causa da presunção e da inversão do ônus da prova.

Entendo que a clareza e precisão na caracterização do fato gerador são atributos imprescindíveis para validade do ato administrativo, conforme disposto no art. 37, da Lei 8.212/91:

"Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento das contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento." (grifo nosso).

E, para exigir o cumprimento da obrigação tributária, a autoridade fiscal, a quem compete o lançamento do crédito previdenciário, deveria ter feito constar, no Relatório fiscal, o motivo pelo qual entende que os serviços prestados se enquadram no conceito legal de cessão de mão-de-obra e deixado claro, nos autos, as razões que o levaram a presumir a ocorrência do fato gerador e a inverter o ônus da prova.

As inconsistências relatadas viciaram todo o lançamento, impondo sua nulidade.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

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

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2008


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 21	07
Silma Alves de Oliveira	
Mat.: Siage 877862	

Voto Vencedor

Conselheiro ROGERIO DE LELLIS PINTO, Relator

Em que pese o posicionamento da ilustre relatora quanto à questão trazida a baila na presente NFLD, ousou discordar de seu posicionamento, pelas seguintes razões.

Inicialmente insta ressaltar que o caso em estudo traz como objeto, contribuições previdenciárias atinentes a retenção de 11% dos valores pagos por serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.


O mencionado dever de retenção está atualmente previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, o qual determina que o contratante de serviços que necessite de mão-de-obra cedida para ser executado está obrigado a reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura e recolhê-la ao Fisco no prazo oportuno. Essa obrigação, aliás, já foi declarada legítima e correta pelo Egrégio STJ, como se pode observar do **AgRg no REsp 764243 / MG**, não nos competindo adentrar em tal discussão. Sendo assim, havendo contratação de serviços que acompanhem a peculiaridade legal do § 3º do art. 31 da Lei de Custeio, a legitimidade do Recorrente pela retenção é indiscutível.

Contudo, não podemos ignorar que o dever legal da tomadora de serviços em reter 11% do valor pago a empresa prestadora de serviços executados mediante a utilização de cessão de mão-de-obra ou ainda, em alguns casos em empreitada, tem ganhado contornos de extrema dificuldade na sua aplicação prática.

Isso porque a situação fática que vinculará o sujeito passivo à obrigação tributária em comento, se subsume na utilização de serviços que se utilizem de cessão de mão-de-obra para sua necessária e contumaz execução, de forma que somente existirá o dever de retenção nesses estritos limites. Sobre outro prisma, não havendo na execução dos serviços, a utilização de mão-de-obra cedida, seu reflexo óbvio é que não haverá vinculação jurídica entre hipótese fática e aquela descrita na norma como nascedoura do dever tributário, impossibilitando, desse modo, o surgimento de qualquer obrigação que a ela se refira.

Na esteira desse raciocínio, é preciso reconhecer que determinado serviço, para estar sob o alcance do dever de retenção, não lhe basta a previsão nos incisos do § 2º do art. 219 do RPS, ou ainda que seja nos incisos do § 4º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, sendo que a obrigação de reter somente terá seu lugar se os serviços analisados acompanharem **o figurino legal da cessão de mão-de-obra**, previsto no § 3º do art. 31 da Lei do Custeio Previdenciário.

Assim é que, a substituição tributária em foco, consubstanciada no dever de retenção, tem como pressuposto jurídico evidente a utilização de mão-de-obra cedida para execução dos serviços sob análise, e não apenas a mera previsão na legislação tributária previdenciária.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL			
Brasília,	23	07	08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sigepe 877862			

Oportuno mencionar que o E. STJ, por meio de sua 1ª Turma, já se manifestou nesse sentido, como se observa do aresto abaixo transcrito:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante, submetidos ao poder de comando deste (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91). 2. Recurso especial a que se nega provimento." (Resp 758992/RS. Min. Rel. Teori Albino Zavascki, Publicado no DJ dia 22/08/2005, pág. 168).

Da encimada decisão do STJ, vale ainda trazer a colação trecho do voto condutor do Acórdão, cuja relatoria coube ao Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki, no seguinte sentido:

"Destaca-se que o rol exemplificativo colocado no § 4º. do art. 31 da Lei nº 8.212/91 e o rol do Decreto 3.048/99, devem estar em consonância com as características expostas no §3º, não se mostrando suficiente para a caracterização da cessão de mão-de-obra da Lei n. 8.212/91, a mera realização das atividades elencadas naquele dispositivo." O destaque é nosso.

Sobre outra ótica, a própria Instrução Normativa MPS/SRP n. 03/2005, em seu art. 145 e seguintes, ao tratar da retenção previdenciária, e citar os serviços que podem envolver sua exigência, na esteira do que fora fixado pela Lei n. 8.212/91, claramente condiciona a obrigação de reter a ocorrência da cessão de mão-de-obra, ou seja, a própria norma interna da SRP admite que a retenção somente opera quando os serviços envolverem mão-de-obra cedida, não sendo necessariamente em todos os casos indicados pela legislação.

Vale reafirmar, portanto, que o Órgão Fiscalizador também reconhece que nem todos os serviços indicados na legislação serão executados sempre e em qualquer situação por mão-de-obra cedida, mas podem, eventualmente, ter natureza diversa, e desta forma, estar excluído do alcance da retenção previdenciária. É o que acontece, por exemplo, com o serviço de vigilância, que uma vez prestado mediante mero monitoramento, mesmo estando previsto no RPS e na Lei 8.212, não deverá sofrer a retenção (art. 145, parágrafo único da IN 03/2005), o que demonstra claramente que a situação fática deve preponderar sob o rol indicativo das normas previdenciárias atinentes.

Sem embargos, se resta delimitado que a previsão do serviço na legislação previdenciária, não é suficiente para considerá-lo como passível da retenção de que ora tratamos, não podemos aceitar como suficiente a sua mera menção no Relatório Fiscal, sem qualquer preocupação em demonstrar e comprovar a presença dos requisitos da cessão de mão-de-obra, já que, como vimos, é este o pressuposto jurídico justificador da observância e da exigência do dever de retenção.

l

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 23, 07, 08 Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Slape 677862
--

Dai é que se tem defendido, já há algum tempo, a necessidade dos agentes do Fisco já no Relatório Fiscal que sustenta o lançamento, efetuar o enquadramento da situação apurada com aquela prevista no § 3º do art. 31, mesmo que a Lei ou o Regulamento a considere textualmente como enquadrada no conceito de cessão de mão-obra. Tal reconhecimento nos leva, a meu sentir, que a autoridade Fiscal deve acautelar-se de explicitar nos autos, de forma contundente e , o enquadramento da hipótese fática com a hipótese de incidência, de forma a permitir ao julgador uma melhor visualização e contextualização da situação levantada, e assim julgar com a imparcialidade que lhe compete.

Em verdade, meu entendimento é no sentido de que a fiscalização deve buscar demonstrar, da forma mais circunspecta possível, o enquadramento da hipótese apurada com os serviços previstos na Lei e no Regulamento, descrevendo sua natureza, a sua forma de execução; se existia subordinação entre os funcionários contratados para com a tomadora, qual o local de prestação dos serviços, se os mesmos eram contínuos; tinha-se prazo certo para ser executado, juntar aos autos cópias das notas fiscais, bem como do contrato que originou a prestação dos serviços, o que deve fazer é bem verdade, até por observância ao art. 37 da Lei nº 8.212/91, bem como do próprio art. 142 do CTN.

Assim, não basta que a autoridade autuante afirme que os serviços apurados foram executados mediante cessão de mão-de-obra, e ou descreva a legislação que ampara seu entendimento, é necessário que exponha os motivos que formaram a sua convicção, bem como subsidiar os autos com os documentos que comprovam a natureza do serviço (Nota Fiscal, Contrato etc.). A afirmação da fiscalização quanto à natureza dos serviços, embora tenha ela presunção de legitimidade e veracidade, não é suficiente para se ter como certa a presença do dever tributário de que cuidamos, até porque, por tratar-se de fato constitutivo do direito do Fisco, cabe a ele produzir prova positiva nesse sentido.

Esse, inclusive, é o entendimento da doutrina, que capitaneada pelo mestre Paulo de Barros Carvalho, nos adverte no sentido de que não basta à autoridade lançadora consignar tenuamente o motivo do ato, mas expressar com segurança e decisão o conteúdo da exigência que o devedor deverá cumprir.

No caso *sub exame*, em que pese às dúvidas em relação a ter sido ou não apresentado a autoridade fiscal o contrato objeto do levantamento, a própria relatora reconhece que este foi apresentado. Em sendo assim, entendo que caberia a fiscalização a demonstração, tal qual como mencionado acima, de que os serviços teriam sido prestados mediante cessão de mão-de-obra, para assim justificar a imposição do débito ora em debate.

Analisando-se os autos, não obstante o entendimento da douta autoridade lançadora, não restou consignado no procedimento fiscal, qualquer explicitação quanto à forma de prestação dos serviços de que trata, sendo informado apenas que não teria ocorrido a retenção, que presumidamente seria obrigatória. Ora, bem vimos que a obrigação previdenciária em estudo somente terá lugar quando envolver serviços executados por cessão de mão-de-obra, cuja demonstração cabe, a princípio, ao Fisco. Se não há essa manifestação, sequer podemos verificar a natureza do serviço e reconhecer ou não o acerto do lançamento. Para ter validade, a exigência fiscal em debate deveria vir justificada e contrastada com a norma do parágrafo 3º. do art. 31, o que não foi observado pela fiscalização, tomando-a frágil e insustentável.

~

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 21, 07, 08	CC02/C06 Fls. 843
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862	

Há que se dizer ainda que o vício ora constatado, não se trata de mero vício formal, já que refere-se a descrição do fato gerador, justificador do ato impositivo lavrado pela autoridade fiscal, representando vício de natureza material, como vem tem entendendo este Egrégio Conselho, conforme se observa dos arestos abaixo transcritos:

"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação.." (Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003).

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência." (Recurso n. 132.213, Acórdão n. 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002).

"LANÇAMENTO – NULIDADE - VÍCIO MATERIAL – DECADÊNCIA - Nulo o lançamento quando ausentes a descrição do fato gerador e a determinação da matéria tributável, por se tratar de vício de natureza material. Aplicável o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN. (RV 138595, Acórdão no. 102-47201, 2ª. Câmara do 1º. Conselho, julgado em 10-11-2005)."

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para declarar a nulidade da NLFD, por vício material, nos termos da fundamentação supra.


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO