



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

Processo nº 17460.000883/2007-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-002.235 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria Cessão de Mão de Obra: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente MUNICÍPIO DE BOTUCATU PREFEITURA MUNICIPAL E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/12/1998

Ementa:

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

A ausência da efetiva comprovação do fato gerador demonstrando a subsunção do ocorrido aos critérios legais relativos à contribuição previdenciária implica em nulidade por vício material.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, pela existência de vício material, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado

Liege Lacroix Thomasi – Relatora e Presidente Substituta

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Manoel Coelho Arruda Junior, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Paulo Roberto Lara dos Santos, Adriana Sato.

Relatório

Trata a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada em 28/09/2006 e cientificada ao sujeito passivo em 18/10/2006 e ao devedor principal em 02/10/2006, de contribuições previdenciárias relativas à responsabilidade solidária do Município de Botucatu-Prefeitura Municipal com a empresa Gerson Floriano Pinto, na prestação de serviços nas competências de 12/1997 a 12/1998.

O relatório fiscal de fls. 15/20, diz que esta NFLD veio a substituir a de n.º DEBCAD 35.564.941-1, lavrada em 28/10/2003 e tornada nula por Acórdão proferido pela 4ª CaJ do CRPS em 09/06/2005, por vício formal, devido ao lançamento englobar vários prestadores de serviço e à falta de ciência dos mesmos quanto ao procedimento fiscal.

Aduz o relatório que empresas são contratadas, através de contratos de licitação para prestação de serviços de empreitada com cessão de mão de obra, sendo a Prefeitura Municipal de Botucatu solidária nos recolhimentos das empresas prestadoras a partir de abril de 1995, já que as mesmas não apresentaram os recolhimentos das contribuições incidentes sobre a remuneração contida nas notas fiscais de prestação de serviço.

O devedor principal não apresentou impugnação e após a impugnação do devedor solidário, Acórdão de fls.142/147, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, onde alega em síntese:

- a) que o fiscal não compareceu ao Paço Municipal para efetuar a fiscalização.
- b) que o CNPJ aposto para o devedor Gerson Floriano Pinto pertence à empresa A L AUDI BOTUCATU-ME, o que demonstra que o lançamento é nulo;
- c) que as outras NFLD's lavradas na mesma ação fiscal foram julgadas improcedentes em vista do Parecer da AGU n.º 55, de 17/11/2006;
- d) que o procedimento é nulo porque o fiscal emitiu vários MPF's e não compareceu mnas datas aprazadas para solicitar documentos e fiscalizar;
- e) que as pessoas que constam do relatório como aquelas que atenderam a fiscalização, já foram exoneradas dos cargos;
- f) que o Termo de Encerramento não traz diversas informações como a forma e o objeto da fiscalização, nem o nome do responsável e a assinatura do posto;
- g) que os débitos estão prescritos;
- h) requer a realização de perícia porque a contribuição é indevida;

- i) o cerceamento de defesa, porque não há fundamentação legal para as alíquotas aplicadas e as bases de cálculo não foram demonstradas;
- j) que o devedor principal é a prestadora e não visto se ela efetuou os recolhimentos;
- k) que não está obrigado a efetuar o depósito prévio de 30%.

Requer o provimento do recurso e a reforma do Acórdão para que seja decretada a nulidade e improcedência do lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

O recurso cumpriu com o requisito de admissibilidade, frente à tempestividade, devendo ser conhecido.

Da análise dos autos, se vê que o presente lançamento vem substituir NFLD tornada nula na segunda instância administrativa por vício formal. O lançamento primitivo foi efetuado em 28/10/2003, e o período relativo a esta notificação abarca as competências de 12/1997 a 12/1998, de forma que não se encontra atingido pela fluência do prazo decadencial, como exposto pela Súmula Vinculante N.º 8, do Supremo Tribunal Federal, considerando a decadência quinquenal contida no Código Tributário Nacional.

O relatório fiscal traz que o lançamento refere-se à solidariedade na execução de serviços por empreitada, tomando por base as notas fiscais de serviço e considerando que a prestadora não apresentou folhas de pagamento de remuneração dos segurados envolvidos, nem guias de recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias.

Entretanto, é de se ver que, embora o lançamento ora efetuado seja substitutivo de outra NFLD, é necessário que ele traga todos os elementos capazes de demonstrar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária. Pela leitura do relatório fiscal, fls.15/20, não se identifica qual serviço foi prestado, se foi prestado com cessão de mão de obra, se existia contrato de prestação de serviço, ou quaisquer elementos caracterizadores da efetiva prestação do serviço.

O Discriminativo Relatório de Lançamentos de fls. 09 a 10, traz apenas o número da nota de prestação de serviço e o número da nota de empenho, sendo impossível vislumbrar a natureza do serviço prestado. Não consta dos autos cópia das notas fiscais ou do contrato de prestação de serviço para confirmar o lançamento.

Ainda, o recorrente possui razão quando diz que o CNPJ 60.439.742/0001-40, aposto na NFLD como sendo do devedor principal Gerson Floriano Pinto, é na verdade da empresa A L AUDI BOTUCATU –ME, conforme consta no sítio da Receita Federal do Brasil, na Internet, em consulta ao CNPJ, de forma que há erro na identificação do devedor principal, o que também não permite ver qual o seu ramo de atividade.

De acordo com os Fundamentos Legais do Débito, fls.11/12, a notificação se fundamentou, entre outros, no artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, que se refere às obrigações decorrentes da responsabilidade solidária –cessão de mão de obra e nos dispositivos que sustentam a aferição indireta. Seguem as transcrições:

*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 10/12/97)*

(...)

§ 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 10/12/97)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

Redação anterior § 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. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 28/4/95)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

Redação anterior § 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. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 28/4/95)

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

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; e ao Departamento da Receita Federal-DRF 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.

(...)

§ 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.

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Por força dos dispositivos legais, acima referidos, a fiscalização deve comprovar, quando do lançamento, a existência da cessão de mão de obra nos moldes descritos pela legislação. Devem ser juntados aos autos os contratos existentes entre as partes comprovando a forma de contratação, além da descrição dos serviços prestados com os elementos caracterizadores da prestação de serviço com cessão de mão de obra., ou seja: que o prestador de serviços ou contratado tenha colocado segurados à disposição do tomador ou contratante; que tais segurados tenham permanecido à disposição nas dependências do tomador (contratante) ou na de terceiros; que tenham realizado serviços contínuos, repetindo-se periódica ou sistematicamente. O ônus de demonstrar a natureza da cessão de mão de obra é da fiscalização.

Ou, se for o caso de aferição indireta devido a falta de apresentação de documentos, isto também deve estar consignado no relatório fiscal, juntamente com a comprovação de que os documentos foram formalmente solicitados para a notificada. Entretanto, no caso em questão não consta dos autos que os documentos para comprovar a prestação de serviço e para ilidir a solidariedade tenham sido solicitados pelo Fisco. O fato da notificação ser substitutiva não a exime do cumprimento das formalidades necessárias para a sua validade.

Para a constituição de crédito tributário, determina o artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/66, que deve ser verificada a ocorrência do fato gerador e determinada a matéria tributada. O fato gerador da obrigação principal é definido pelo artigo 114 da mesma lei como “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. E, para que se considere o fato gerador ocorrido devem estar presentes as circunstâncias materiais necessárias para surgimento da obrigação tributária. É a redação do artigo 116 do CTN, *verbis*:

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.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

A verificação das circunstâncias materiais do fato gerador do tributo é parte essencial do procedimento administrativo de lançamento. Cabe à autoridade lançadora 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 artigo 5 da Constituição Federal/88.

O Fisco tem o dever de expor os motivos pelos quais está praticando o ato de lançamento fiscal. Nesse sentido, assevera o artigo 50, caput e inciso II da Lei n. 9.784/99:

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

...

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;”

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

Leciona o professor Hely Lopes Meirelles em Direito Administrativo Brasileiro, Melhores Editores São Paulo, 2003, p.149:

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

Ainda continua nas páginas 193/194:

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

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

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

Um dos princípios que sustenta o processo administrativo fiscal é o da verdade material e, por este princípio, o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração do crédito. Portanto, a conduta da autoridade fiscal, em prol da verdade material, deve proceder no sentido de verificar se a hipótese abstratamente prevista na norma de direito material, efetivamente ocorreu. Nesse sentido, tem que trazer no relatório fiscal todos os dados, informações e documentos a respeito da real caracterização da solidariedade pela prestação de serviço com cessão de mão de obra, nos termos dispostos pelo artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época dos fatos geradores.

No caso exposto, não há nem menção ao tipo de serviço prestado gerando prejuízo ao exercício do contraditório. É necessário o cotejamento da situação fática com as características definidas pela norma como hipótese de incidência. A subsunção do fato à regra de incidência deve ser detalhadamente consignada no relatório fiscal a fim de possibilitar as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório. Violá-las contamina o ato administrativo de lançamento com vício insuscetível de convalidação.

No crédito tributário, a forma está relacionada aos procedimentos relativos à validade do lançamento, enquanto o motivo refere-se à comprovação da ocorrência do fato gerador, ou seja, se os elementos fáticos se subsumem à hipótese prevista em lei. Neste processo, não restou demonstrado o motivo do lançamento.

Pelo exposto,

Voto por anular o lançamento por vício material.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora