

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo n° 35209.000370/2006-99
Recurso n° 141.975 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão n° 206-00.847
Sessão de 09 de maio de 2008
Recorrente MUNICÍPIO DE PRIMAVERA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

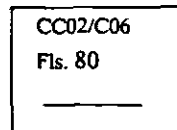
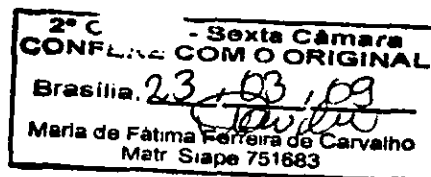
Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2005

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CUSTEIO. NFLD. RELATÓRIO FISCAL. OMISSÕES. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL.

1. Nos termos do artigo 37, da Lei nº 8.212/91 e artigo 243 do RPS, o fiscal atuante ao promover o lançamento deve fundamentá-lo de forma clara e precisa, sob pena de nulidade do Auto de Infração.
2. O Relatório Fiscal tem por finalidade explicitar de forma clara e precisa todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório.
3. Violação ao inciso II, do artigo 59, do Decreto n. 70.235/72. Preterição ao direito de defesa.
4. Vício material.
5. Precedentes do Conselho de Contribuintes.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos em anular a NFLD; II) por maioria de votos em declarar a nulidade por vício material. Vencidas as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente à declaração de nulidade por vício material o Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

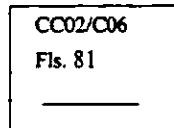
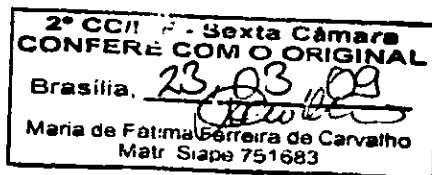
Presidente



DANIEL AYRES KALUME REIS

Relator-Designado

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



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra o município acima identificado, 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.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 49/50), a notificada foi contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra e deixou de reter e recolher, em época própria, as contribuições incidentes sobre o valor bruto dos serviços, em desacordo com o que estabelece o art. 31 da 8.212/91.

Consta, ainda, que os valores que serviram de base para a contribuição lançada foram extraídos das notas fiscais, faturas e/ou recibos anexados às Notas de Empenho e despesas.

A notificada impugnou o débito (fls. 55 a 58) e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação 15.401.4/0197/2006, julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo ao CRPS (fls. 68 a 73) repetindo basicamente as alegações já apresentadas na impugnação.

Inicialmente, solicita que seja aplicada a legislação processual em vigor, já que o Decreto 3.048/99 é silente quanto aos recursos encaminhados por entes públicos ao CRPS e que seja acatado o presente recurso sem que seja necessário o depósito recursal.

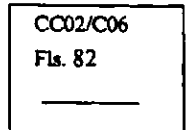
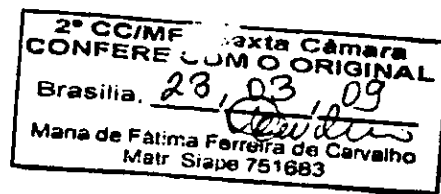
No mérito, reafirma que as contratações seguiram o processo licitatório e salienta que todas as licitações e contratos firmados pela Administração Pública são regidos pela Lei 8.666/93.

Em seguida, discorre sobre a legislação que trata da responsabilidade solidária em relação aos encargos previdenciários devidos pelos contratados do ente público e conclui que o lançamento de débito está na contra-mão do nosso Ordenamento Jurídico e não guarda harmonia com a realidade acerca do tema.

Reitera que as contratações das empresas ocorreram para realização de obras de engenharia, e não de cessão de mão-de-obra, não estando sujeita, portanto, ao disposto no art. 31, da Lei 8.212/91, e salienta que, para os fins previstos na Lei 8.212/91, cede mão-de-obra aquele que coloca seus empregados à disposição de um contratante com o fito de executar serviços contínuos que podem ou não se relacionar com a atividade desenvolvida pelo mesmo.

Argumenta que a IN 100/2003 deve se adequar apenas aos fatos ocorridos após a vigência da mesma, o que não ocorre no caso concreto, uma vez que o débito lançado por intermédio da presente NFLD se refere ao período de 07/1998 a 04/2005.

Por fim, requer a desconstituição do débito, tendo em vista que restou descaracterizada a contratação de cessão de mão-de-obra.



Em contra-razões, fls. 76 a 78, a SRP manteve a procedência do lançamento.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e está desacompanhado do depósito recursal por ser a notificada órgão público, não havendo, portanto, óbice para seu conhecimento.

Em suas razões recursais, a notificada alega, entre outras coisas, que não cabe a aplicação do art. 31 da Lei 8.212/91 porque não restou caracterizada a cessão de mão-de-obra.

De fato, da leitura do Relatório Fiscal (fls. 49/50), verifica-se total omissão em relação ao tipo do serviço prestado. A autoridade notificante não esclarece, por exemplo, se os serviços prestados são contínuos ou se a mão-de-obra empregada está à disposição da recorrente e submetida a seu comando. Não há nos autos cópias das notas fiscais com a descrição dos serviços ou referência ao local da prestação dos serviços prestados, se nas dependências da notificada ou de terceiros.

A auditoria lançou os valores das contribuições que julgou devidas em virtude da falta de retenção, pela notificada, de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas, conforme art. 31 e § 5º do art. 33, da Lei 8212/1991.

Porém não indicou em quais elementos se baseou para enquadrar os serviços prestados no conceito legal de cessão de mão de obra, prejudicando o notificado, em seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

O instituto jurídico da cessão de mão-de-obra encontra-se definido no § 3º do art. 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98:

"Parágrafo 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."

O § 4º do mesmo artigo relaciona os serviços que se enquadram no conceito de cessão de mão de obra:

§ 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).

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974."

Como somente serão alcançados pela obrigação tributária da retenção os serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra, a autoridade lançadora deveria indicar os elementos de convicção que a levaram a enquadrar os serviços prestados na definição legal transcrita acima.

Como ato administrativo, o lançamento deve estar devidamente motivado, envolvido em cuidados especiais, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção, afim de que o particular possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude.

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. A omissão relatada viciou todo o lançamento, impondo sua nulidade.

Nesse sentido e

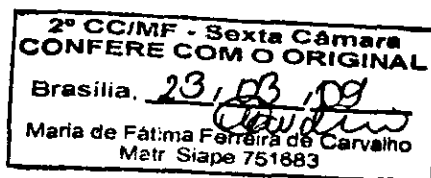
Considerando tudo o mais que dos autos consta;

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

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de maio de 2008


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS



Voto Vencedor

Conselheiro DANIEL AYRES KALUME REIS Relator-Designado

A ilustre Conselheira Relatora, Dra. Bernadete de Oliveira Barros, entendeu por declarar a nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, por vício formal.

Todavia, apesar de concordar com a fundamentação exposta no voto, entendo que a nulidade da NFLD deve ser declarada por vício material e não por vício formal, conforme destacado pela Conselheira Relatora.

Isto porque a i. auditoria fiscal ao promover o lançamento, não explicitou de forma clara e precisa no Relatório Fiscal as características inerentes à cessão de mão-de-obra, para a incidência da contribuição social, o que acarretou em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

O artigo 37, da Lei n. 8212/91 e o artigo 243 do Decreto n. 3048, determinam o seguinte:

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

Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições sociais e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.” (sem grifos no original).

Ao proceder de forma omissa, deixando de demonstrar no Relatório Fiscal de maneira clara e precisa as irregularidades cometidas pelo Contribuinte, o ilustre fiscal autuante incorreu em vício insanável, cerceando o direito de defesa da autuada, ensejando a nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, conforme legislação e pacífica jurisprudência deste Conselho de Contribuintes.

Diz o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.”

Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2005, pg. 366, assim se manifesta a respeito da questão, *in verbis*:

"(...).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como já ressaltado, são garantias constitucionais destinadas a todos os litigantes, inclusive nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor."

Alberto Xavier, in *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pgs. 5/10, se manifesta no seguinte sentido:

"§ 2º AMPLA DEFESA

Devido processo legal

(...). Direito de defesa e contraditório são, por seu turno, manifestações do princípio mais amplo do 'devido processo legal' (due process of law) consagrado no XIV aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, cuja seção 1ª, 2ª frase assegura que ninguém pode ser 'privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo e disciplinado por lei'. Como diz Pedro Machete 'o significado imediato deste direito constitucionalmente reconhecido (e, portanto, vinculativo para todos os Estados) é a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (fair procedure). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de confrontar as posições dos adversários (confrontation and cross-examination).

Direito de Audiência

O direito de ampla defesa reveste hoje a natureza de um direito de audiência (Audi alteram partem), nos termos do qual nenhum ato

administrativo suscetível de produzir conseqüências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo, sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.

(...).

O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico 'parte' no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios. Todavia, nem todo o direito de participação procedimental visa a finalidade garantística de defesa, podendo também, desempenhar a função de colaboração democrática dos cidadãos, individualmente ou associados, na própria formação das decisões administrativas, segundo um modelo de 'administração participada': a primeira é uma participação defensiva ou garantística; a segunda, uma participação informativa ou democrática.'

§ 3º CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório encontra-se relacionado com o princípio da ampla defesa por um vínculo instrumental: enquanto o princípio da ampla defesa afirma a existência de um direito de audiência do particular, o princípio do contraditório reporta-se ao modo do seu exercício. Esse modo de exercício, por sua vez, caracteriza-se por dois traços distintos: a paridade das posições jurídicas das partes no procedimento ou no processo, de tal modo que ambas tenham a possibilidade de influir, por igual, na decisão ('princípio da igualdade de armas'); e o caráter dialético dos métodos de investigação e de tomada de decisão, de tal modo que a cada uma das partes seja dada a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra."

Por outro lado, o Decreto n. 70.235/72, no seu artigo 59 prevê as nulidades por vícios insanáveis. Veja-se.

"CAPÍTULO III

Das Nulidades

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 conseqüência.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)."

No presente caso, entendo que o defeito na constituição do crédito tributário inobservou o direito de defesa do Contribuinte, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto n. 70.235/72, razão pela qual deve ser reconhecida nulidade por vício material.

No mesmo sentido, transcrevem-se julgados deste Egrégio Conselho de Contribuintes que corroboram a argumentação da existência de vício material:

"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por conseqüência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação. No caso em análise, havia possibilidade de conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas, posto que complexas." (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). Cito, por fim, os recentes precedentes de minha relatoria, Recursos ns. 144.298 e 144.569."

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso E DAR-LHE PROVIMENTO, PARA ANULAR A NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO POR VÍCIO MATERIAL.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de maio de 2008



DANIEL AYRES KALUME REIS