

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

Processo nº 35386.001011/2006-16
Recurso nº 147.043 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.089 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2009
Matéria RETENÇÃO
Recorrente AMSTED - MAXION FUNDAÇÃO E EQUIP. FERROVIÁRIOS S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2004 a 30/06/2005

RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

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 a importância retida até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33 da Lei 8.112/1991.

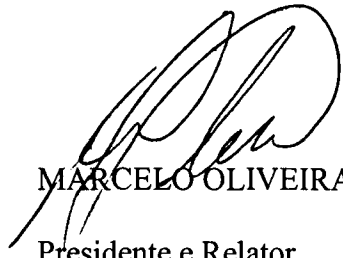
FALTA DE CLAREZA. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

A fiscalização ao lavrar lançamento de ofício por aferição indireta deve discriminar os fundamentos legais e os motivos que possibilitaram tal medida, sob pena de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

DECISÃO RECORRIDA NULA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por voto de qualidade, em anular o lançamento. Vencidos Conselheiros Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Leôncio Nobre de Medeiros que votaram por não declarar a nulidade.



MARCELO OLIVEIRA
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Lourenço Ferreira do Prado, Edgar Silva Vidal (Suplente) e Marcelo Freitas de Souza Costa. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), São José dos Campos / SP, fls. 0139 a 0155, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 036 a 046, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, oriundas de retenção de valores contidos em notas fiscais de prestação de serviço por cessão de mão-de-obra, determinada pela legislação e não efetuada pela recorrente em época própria.

Ainda segundo o RF, os serviços constantes da nota fiscal foram considerados como efetuados por cessão de mão de obra devido a recorrente não ter apresentado contrato de prestação de serviços, fls. 042.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 28/04/2006 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 068 a 082, acompanhada de anexos.

Diante dos argumentos da defesa, a DRP solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 0116 a 0117.

A fiscalização respondeu aos questionamentos da DRP, fl. 0119 a 0122.

A DRP encaminhou os pronunciamentos fiscais à recorrente e reabriu seu prazo para defesa, fl. 0125.

A recorrente apresentou novas argumentações, fls. 0130 a 0136, acompanhada de anexos.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0161 a 0175, acompanhado de anexos, onde alega, em síntese, que:

O lançamento ocorreu por presunção;

A decisão deve ser anulada pois foi reaberto prazo de defesa de dez dias e não de quinze, como determina a legislação, cerceando seu direito de defesa;

O lançamento por presunção foi descabido;



O Fisco inverteu o ônus da prova, como afirma na resposta à diligência efetuada;

Não há cessão de mão-de-obra nos serviços prestados;

O prestador de serviços não tem empregado;

A Taxa SELIC não pode ser aplicada no lançamento;

A administração tributária deve analisar a legalidade e a constitucionalidade da legislação;

Diante do exposto, requer o conhecimento e o provimento do recurso.

Posteriormente, a DRP enviou o processo ao Conselho, para análise e decisão, fls. 0180.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Quanto às preliminares, há questão que deve ser analisada.

Como citado no RF, a caracterização como serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra ocorreu devido a não apresentação de contrato, que possibilitaria a determinação da condição e da forma de execução dos serviços.

Mais adiante, em resposta à diligência, fls. 0120, o Fisco admite que inverteu o ônus da prova ao caracterizar a cessão de mão-de-obra, uma vez que a recorrente não apresentou contratos e parte das notas fiscais. Por fim, a fiscalização admite que recorreu à presunção.

Portanto, o Fisco utilizou a ferramenta aferição indireta.

A aferição é medida possível, segundo a legislação.

Lei 8.212/1991:

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.

...

§ 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.

Como citado no RF e na resposta à diligência, o Fisco utilizou da aferição de maneira correta, pois a recorrente não apresentou esclarecimentos, documentação necessária à análise dos fatos.



Mas há equívoco na formalização do lançamento.

Para a lavratura do lançamento o Fisco é obrigado a demonstrar os fundamentos legais que o possibilitam.

Sem a informação sobre os fundamentos legais que embasam o lançamento os contribuintes têm cerceado seu direito à defesa e ao contraditório, pois não conheceram a totalidade dos mandamentos legais que fundamentam o lançamento.

Portanto, restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, pois foi lhe imputado lançamento sem a necessária fundamentação.

Não há como ter acesso à defesa e, conseqüentemente, contraditar acusação sem que todos os fundamentos estejam presentes no procedimento fiscalizatório.

Nesse sentido, verificando o RF e o anexo Fundamentos Legais do Débito, peças fundamentais para a enumeração dos dispositivos legais utilizados, não encontramos o fundamento legal para a aferição.

Portanto, claro está que faltam requisitos para a validade da presente autuação, requisitos esses que são necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório da recorrente.

Assim, restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, pois foi lhe imputada autuação sem sua fundamentação legal.

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 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 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.

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.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Ressalte-se que se trata de Vício Formal, já que foi preterida formalidade na formação do lançamento.

Por fim, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que o lançamento foi elaborado preterindo o direito de defesa da recorrente decido pela nulidade do processo.

Em respeito ao § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve verificar a ocorrência ou não do fato gerador, que não foi comprovado no presente lançamento, e tomar as devidas providências.

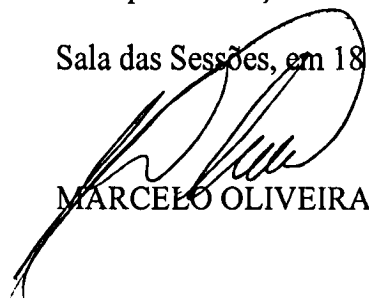
Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação do lançamento, por conter vício formal, conforme voto.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2009



MARCELO OLIVEIRA - Relator

Declaração de Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira

Entende o Conselheiro Relator que a presente notificação seria nula em razão de não existir no relatório FLD-Fundamentos Legais do Débito e nem no Relatório Fiscal qualquer menção à aplicação de arbitramento por aferição indireta e muito menos o seu fundamento legal (artigo 33, § 3º da Lei n. 8.212/91).

A meu ver, não se vislumbra no presente caso o alegado arbitramento e, por consequência, a necessidade de informação dos dispositivos legais que o amparariam.

O lançamento em tela refere-se aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

A recorrente não apresentou os contratos de prestação de serviços solicitados pela fiscalização de algumas prestadoras, razão pela qual foi considerado que o serviço prestado pelas mesmas estariam sujeitos à retenção.

Depreende-se que essa foi a razão para a conclusão do Conselheiro Relator de que teria ocorrido arbitramento.

O arbitramento é procedimento previsto no artigo 148 do CTN, que dispõe o seguinte:

“Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Da leitura do dispositivo, conclui-se que o arbitramento é um meio previsto pelo legislador e colocado à disposição da administração tributária para apurar o valor devido quando há omissão ou quando não mereça fé a contabilidade do contribuinte, por não registrar com fidelidade os fatos administrativos e contábeis sobre os quais deverá incidir o tributo.

Na esfera previdenciária a possibilidade de arbitramento está prevista nos §§ 3º e 6º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991.

Ao meu ver, quando o legislador previu a possibilidade de arbitramento estava se referindo à fixação de quantia por arbítrio a partir de alternativas legais. Nesse sentido, penso que o que se arbitra é o montante do tributo e não a ocorrência do fato jurídico

que, no entanto, pode ser presumido, se o contribuinte não disponibilizar à auditoria fiscal os documentos necessários a sua verificação.

Assim, se no caso do lançamento por retenção, cujo fato gerador é a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, a tomadora não apresentar os contratos de prestação de serviços, é possível à auditoria fiscal presumir a ocorrência do fato gerador, uma vez que o contribuinte não pode ser beneficiado por sua omissão. Entretanto, tal conduta não se configura em arbitramento, pois a base de cálculo da retenção, prevista em lei, é o valor contido na nota fiscal de serviços e foi sobre esse valor que foram apuradas as contribuições lançadas, em perfeita consonância com o dispositivo legal que trata a matéria.

O entendimento de que o arbitramento é procedimento destinado à apuração do montante devido pode ser inferido nos seguintes julgados, dos quais são colacionados trechos:

A apuração indireta do valor das contribuições previdenciárias é providência excepcional que representa uma ruptura nos procedimentos rotineiros para a apuração do montante da obrigação tributária, justificada pela existência de irregularidades insanáveis na documentação contábil apresentada pela empresa (STJ, REsp n.º 200400313603/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17/05/2006, p. 116

O pressuposto para que a autoridade fiscal se valha do arbitramento é a omissão do sujeito passivo, recusa ou sonegação de informação ou a irregularidade das declarações ou documentos que devem ser utilizados para o cálculo do tributo. Não se pode considerar irregular a documentação apresentada, por mero desacordo formal, se não houve inspeção in loco da empresa que prestou as informações ou declarações, com o intuito de obter elementos precisos a respeito da omissão ou não-veracidade dos dados informados na folha de pagamento e nas guias de recolhimento. (...). O arbitramento não constitui uma modalidade de lançamento, mas uma técnica, um critério substitutivo que a legislação permite, excepcionalmente, quando o contribuinte não cumpre com seus deveres de apresentar as declarações obrigatórias por lei (TRF 4.ª Região, AC n.º . 200204010042711/RS, Primeira Turma, Rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, D. E. de 14/04/2007

Pelas razões expostas, rejeito a preliminar de nulidade por ausência de fundamento legal.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Conselheira

