

S2-C3T2

Fl. 1

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

Processo nº 35600.002905/2006-33
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2302-002.056 –3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2012
Matéria Cessão de mão-de-obra
Embargante BRASTUR HOTELARIA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/12/2004

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. VERDADE MATERIAL. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO APÓS A SÚMULA VINCULANTE STF N. 8. SELIC. NÃO ACOLHIMENTO.

1. A atividade administrativa de lançamento requer a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, como preceitua o CTN, em seu art. 142.

É incompatível com os princípios constitucionais tributários e, em especial, com o princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II e art. 150, I), exigir o cumprimento de uma obrigação tributária sem a devida caracterização de seu surgimento.

2. É certo que apenas nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, o e. STF declarou, por unanimidade, inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08 [Dje n. 112/2008, p. 1, em 20/06/2008]. Dessa forma, não poderia quando do julgamento pela 5ª Câmara do Segundo Conselho ser afastada a aplicação dos arts. 45 e 46, da Lei de Custeio.

3. As contribuições sociais e outras importâncias, pagas com atraso, ficam sujeitas aos juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, nos termos do artigo 34 da Lei 8.212/91.

A Súmula 3 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais diz que é cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos opostos.

LIEGE LACROIX THOMASI- Presidenta Substituta

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

EDITADO EM: 16/10/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LIEGE LACROIX THOMASI (Presidente), MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, ADRIANA SATO, ARLINDO DA COSTA E SILVA e PAULO ROBERTO LARA DOS SANTOS.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração [fls.156 – 162], opostos pela r. Procuradoria da Fazenda Nacional, em face do acórdão nº 205-00313 [fls.131 – 151] que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso, por existência de vício insanável, para que sejam excluídos os levantamentos LCE, BLP, DDF, FOS, MDC e ORM:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/10/1999 a 31/12/2004 Ementa: A falta de caracterização precisa dos fatos geradores constitui vício insanável, conforme artigo 10, III, c/c artigo 59, III do Decreto nº 70.235/72. Deve ser anulado o lançamento que resultar em prejuízo para o direito de defesa do sujeito passivo. A existência de cessão de mão-de-obra deve ser demonstrada para os serviços prestados nos moldes previstos no parágrafo 2º do artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Com fulcro no então artigo 57 do Regimento Interno, a Procuradoria da Fazenda Nacional alega que o Colegiado considerou que a cessão de mão-de-obra não foi devidamente caracterizada no relatório fiscal, ocasionando o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo. Neste passo, segundo a Recorrente, não houve impugnação no recurso do Contribuinte, em face de tal matéria e que esta Câmara, reconheceu tal nulidade de ofício, sem, contudo, declinar as razões para tanto.

Constata-se pelo exposto, segundo a PFN, a omissão do julgado na medida em que, sem apresentar fundamentação, apreciou de ofício eventual insuficiência da descrição do fato gerador, o que apenas pode ser feito na hipótese de total ausência de descrição do fato gerador ou quando suscitada e comprovada violação ao direito de defesa do sujeito passivo.

Ademais, a Recorrente argumenta que restou omissa também o aresto quanto à preliminar de decadência, uma vez que, consta no dispositivo do resultado do julgamento quanto a esta preliminar, e não há, no voto, vencido ou vencedor, pronunciamento a este respeito.

Por fim, requer a Fazenda Nacional o provimento do recurso para que o Colegiado se manifeste quanto às omissões apontadas e quanto o pleito do Contribuinte de não aplicar a taxa SELIC para atualização dos débitos tributários.

Analisando o voto prolatado, este Conselheiro entendeu que o mesmo padece de omissão, pois não consta do referido *decisum* a motivação para adoção do fundamento combatido pela r. PGFN.

No uso da competência conferida pelo artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 com alterações posteriores, o i. Presidente desta Turma acolheu os Embargos de Declaração opostos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR

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

Como dito acima, foram opostos embargos de declaração [fls. 156–162], opostos pela r. Procuradoria da Fazenda Nacional, em face do acórdão nº 205-00313 [fls.131 – 151] que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso, por existência de vício insanável, para que sejam excluídos os levantamentos LCE, BLP, DDF, FOS, MDC e ORM, conforme consignado no Despacho n. 2302-129:

[...] Com fulcro no então artigo 57 do Regimento Interno, a Procuradoria da Fazenda Nacional alega que o Colegiado considerou que a cessão de mão-de-obra não foi devidamente caracterizada no relatório fiscal, ocasionando o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo. Neste passo, segundo a Recorrente, não houve impugnação no recurso do Contribuinte, em face de tal matéria e que está Câmara, reconheceu tal nulidade de ofício, sem, contudo, declinar as razões para tanto.

Constata-se pelo exposto, segundo a PFN, a omissão do julgado na medida em que, sem apresentar fundamentação, apreciou de ofício eventual insuficiência da descrição do fato gerador, o que

apenas pode ser feito na hipótese de total ausência de descrição do fato gerador ou quando suscitada e comprovada violação ao direito de defesa do sujeito passivo.

Ademais, a Recorrente argumenta que restou omissa também o aresto quanto à preliminar de decadência, uma vez que, consta no dispositivo do resultado do julgamento quanto a esta preliminar, e não há, no voto, vencido ou vencedor, pronunciamento a este respeito.

Por fim, requer a Fazenda Nacional o provimento do recurso para que o Colegiado se manifeste quanto às omissões apontadas e quanto o pleito do Contribuinte de não aplicar a taxa SELIC para atualização dos débitos tributários.

Em primeira análise, este Conselheiro acolheu os embargos opostos por entender que o mesmo padecia de omissão, pois não constava do referido *decisum* a motivação para adoção do fundamento combatido pela r. PGFN, em atenção ao disposto no art. 57, do RI do Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF n. 147/2007:

Art. 57. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos por Conselheiro da Câmara, pelo Procurador da Fazenda Nacional, por Presidente da Turma de Julgamento de primeira instância, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou pelo recorrente, mediante petição fundamentada, dirigida ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias contados da ciência do acórdão.

§ 2º O despacho do Presidente será definitivo se declarar improcedentes as alegações suscitadas, sendo submetido à deliberação da Câmara em caso contrário.

[g.n]

Conforme destacado acima, apenas no caso de **não acolhimento/improcedência dos embargos é que o despacho do Presidente será definitivo. Em caso contrário, será submetido à deliberação da turma.**

O processo foi incluído na pauta de setembro de 2012. No dia e hora marcados, e após a leitura do relatório por este Conselheiro, submeti, primeiramente, aos meus pares a decisão de acolhimento dos embargos opostos.

Por ser soberano e de sabedoria incontestável, fui convencido pelos meus pares a rever meu entendimento, conforme os argumentos abaixo apresentados.

1 DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL E DO DEVER DE AUTO TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Conforme lição de Nelson Nery Costa, o processo administrativo rege-se pelo princípio da verdade material, via pela qual a autoridade julgadora deve estreitar-se no sentido de considerar toda informação trazida aos autos, salvo se obtida de maneira escusa:

O princípio da verdade material autoriza a Administração a valer-se de qualquer nova prova de que a autoridade processante ou julgadora tenha informação, desde obtida por meios lícitos, caracterizando-se como a busca da verdade material em contraposição à verdade formal. A Administração tem o direito e o dever de procurar apurar, no processo administrativo, todos os documentos, dados e informações relativas ao objeto processual, sem limitar-se às considerações dos administrados ou servidores.¹

No mesmo sentido, Alberto Xavier descreve a presença do princípio da verdade material no processo administrativo fiscal:

O processo administrativo de impugnação tem por fim a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários; nele, os particulares intervêm na produção de provas no exercício de um direito de audiência; é conduzido pela Administração fiscal que nele enverga as roupagens de órgão judicante; desenvolve-se segundo um princípio do contraditório; e culmina com a prática de um ato estritamente vinculado, que traduz um juízo subsuntivo de aplicação da lei, em muitos pontos semelhante à sentença de um tribunal.²

Observa-se deste modo, que o processo administrativo deve ser instrumento de alcance da verdade fática, bem como, e por que não, das imperfeições nele contido. Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, por meio da Súmula nº 473, preceitua:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ademais, deve-se prestigiar o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, disposto no Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, que garante aos litigantes em processo administrativo todos os meios e recursos para se defender.

Nesse sentido, entendo que improcede o argumento da PGFN quanto à suposta omissão do julgado na medida em que, sem apresentar fundamentação, apreciou de ofício eventual insuficiência da descrição do fato gerador. Até porque, nas folhas 147-148 do *decisum* recorrido consta a referida fundamentação, *verbis*:

[...] No entanto, para que sejam apuradas contribuições com base em referido dispositivo legal, é necessário que a cessão de

¹ Processo administrativo e suas espécies, 2ª ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000

² Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

mão-de-obra fique devidamente configurada no relatório fiscal que der origem ao lançamento. Nesse sentido é o disposto no art. 37, da Lei n. ° 8.212/91, abaixo transcrito:

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 a discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento. (grifo nosso).

Portanto, como ato administrativo, o lançamento deve expor os fundamentos de fato e de direito nos quais se baseia, afim de que o particular possa exercer seu direito de ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude. Alias, é o que prescreve o art. 2º, VII da Lei n. ° 9.784/99:

Art. 2. " (.)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

O parágrafo 1.º do art. 219, do RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99 possui redação quase idêntica ao parágrafo 3º do art. 31, da Lei n° 8.212/91 acrescentando, apenas, que a cessão de mão-de-obra também se caracterizará quando se tratar de contratação de trabalho temporário, na forma da Lei n. ° 6.019, de 03 de janeiro de 1974.

Por outro lado, o parágrafo 4º do art. 31, da Lei n. ° 8.212/91 traz, em rol não exaustivo, serviços que enquadrariam no conceito de cessão de mão-de-obra. Em adição, o mesmo parágrafo 4º comina ao regulamento a atribuição de estabelecer outros serviços subsumidos ao referido instituto. Neste ponto, trata-se de norma em branco a ser integrada por ato do Poder Executivo.

Assim sendo, os serviços relacionados nos incisos I a IV, do parágrafo 4.º, do art. 31, da Lei n. ° 8.212/91, complementados por aqueles previstos no parágrafo 2.º do art. 219, do RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, devem ser demonstrados e caracterizados pelo fisco como enquadráveis na definição legal, porque somente serão alcançados pela obrigação tributária da retenção de realizados mediante cessão de mão-de-obra. Ainda deve ser ressaltado que a Ordem de Serviço INSS/DAF n. ° 209, de 20 de maio de 1999, em seu item 12.1, alíneas "a" a "y", também enumera determinadas atividades que podem ser executadas mediante cessão de mão-de-obra.

A atividade administrativa de lançamento requer a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, como preceitua o CTN, em seu art. 142:

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.

É incompatível com os princípios constitucionais tributários e, em especial, com o princípio da legalidade (CF/88, art. 5º, II e art. 150, I), exigir o cumprimento de uma obrigação tributária sem a devida caracterização de seu surgimento.

(grifo nosso)

2 DEMAIS ARGUMENTOS: SUPOSTAS OMISSÕES

2.1 DECADÊNCIA

Consta dos autos que o *decisum* recorrido foi prolatado em 13 de fevereiro de 2008 [fl. 131].

É certo que apenas nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, o e. STF declarou, por unanimidade, inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08 [Dje n. 112/2008, p. 1, em 20/06/2008].

Dessa forma, não poderia – àquela época - ser afastada a aplicação dos arts. 45 e 46, da Lei de Custeio³.

2.2 TAXA SELIC

Quanto à última matéria, importa dizer que, segundo consta do dispositivo do *decisum* recorrido, a então 5ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto, ou seja, manteve-se a aplicação da taxa SELIC:

[...] ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos rejeitou-se a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria dos votos deu-se provimento parcial, por existência de vício insanável, para que sejam excluídos os levantamentos LCE, BLP, DDF, FOS, MDC e ORM. Vencido o voto do Conselheiro Marco André Ramos Vieira.

Para que não reste dúvidas, adito a fundamentação do *decisum* recorrido, tão-somente para incluir que:

JUROS/SELIC

As contribuições sociais e outras importâncias, pagas com atraso, ficam sujeitas aos juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, nos termos do artigo 34 da Lei 8.212/91.

Súmula 3 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais diz que é cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NÃO ACOLHER os embargos de declaração opostos pela PGFN.

É como voto.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator