



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 36660.000331/2007-06
Recurso nº 144.024 Voluntário
Matéria Pedido de Revisão
Acórdão nº 205-00.514
Sessão de 09 de abril de 2008
Recorrente DRP - SALVADOR
Recorrida CARAÍBA METAIS SA

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicação no Diário Oficial da União
de 02 / 02 / 2009
Rubrica A

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/11/1993 a 30/06/1998

EMENTA: NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO – PEDIDO DE REVISÃO – INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO.

FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. DILIGÊNCIA NÃO CUMPRIDA. – NULIDADE DA NFLD.

O pedido de revisão não se presta a simples rediscussão da matéria de mérito apreciada na decisão definitiva, mas, sim, a corrigir eventual violação de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, ou após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou for constatado vício insanável.

No presente caso, o Acórdão continha vício insanável a fundamentação estava incompatível com a conclusão do julgado.

No juízo rescisório, há que ser reconhecida que não houve a demonstração da cessão de mão-de-obra a par da diligência fiscal comandada pelo CRPS.

Uma vez que não foi sanado o vício deve ser anulada a NFLD.

PEDIDO DE REVISÃO CONHECIDO E PROVIDO.

NFLD ANULADA.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 36660.000331/2007-06
Acórdão n.º 205-00.514

2º CC/MF - Quinta Câmara CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 09 / 12 / 08 Isis Sousa Moura Matr. 4295
--

CC02/C05 Fls. 355

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, Por maioria de votos acolheu-se o embargo de declaração para reformar o acórdão n.º 2769/2002 da Câmara de Julgamento do CRPS tendo sido então declarada a nulidade do lançamento nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes que apresentará voto.


JULIO CESAR GOMES VIEIRA

Presidente

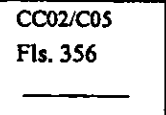
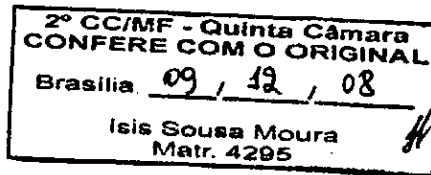

MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros. Damião Cordeiro De Moraes Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Renata Souza Rocha (Suplente)'







Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude do instituto da responsabilidade solidária, previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências novembro de 1993 a junho de 1998. A base de cálculo dos segurados utilizados na prestação de serviços pela MAIND ENGENHEIROS E CONSULTORES LTDA foi obtida em função da não apresentação de documentos, após solicitação pela Auditoria Fiscal, fls. 11 a 14.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 34 a 72.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 89 a 98.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela sociedade empresária CARAÍBA, conforme fls. 103 a 121.

Foi comandada diligência fiscal, fls. 140 e 141. A fiscalização prestou informações conforme fls. 144 a 146.

O INSS apresentou contra-razões às fls. 214 a 215, sugerindo a manutenção do crédito previdenciário.

Decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento do CRPS, fls. 248 a 250, converteu o julgamento em diligência, para que o INSS caracterizasse a existência da cessão de mão-de-obra.

A fiscalização previdenciária prestou informações conforme fls. 254 a 260. A recorrente cientificada do resultado da diligência manifestou-se às fls. 263 a 264.

Nova decisão proferida pela 2ª Câmara do CRPS, fls. 316 a 319, concedeu provimento ao recurso interposto, haja vista concluir que não houve cessão de mão-de-obra.

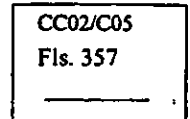
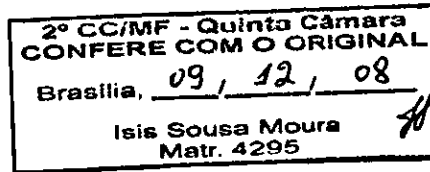
Inconformada com a decisão proferida pela 2ª CaJ, a unidade da SRP solicitou a revisão do acórdão, conforme fls. 326 a 331. Cientificada do pleito revisional, a notificada apresentou contra-razões na forma das fls. 336 a 343.

Em decisão monocrática, fls. 353 e 354, o Presidente desta Câmara conheceu do pedido de revisão.

É o Relatório.

D

[Assinatura]



Voto Vencido

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES Relator

1. Peço licença ao nobre Conselheiro relator, Marco André Ramos Vieira, para divergir do seu voto.

2. Inicialmente, não acolho os embargos declaratórios por entender que visam a mera rediscussão de matéria já enfrentada e decidida no acórdão embargado. E, sendo vencido nesta parte, passo à análise das questões de mérito.

3. Analisando detidamente os autos entendo que não é o caso de declaração de nulidade do lançamento, mas sim de dar provimento ao recurso. É que a fiscalização já fez a tentativa de caracterizar a prestação dos serviços como sendo através da cessão de mão-de-obra, sem no entanto obter êxito.

4. Veja-se que este foi exatamente o embasamento do acórdão rescindendo, conforme consta dos considerandos abaixo transcritos:

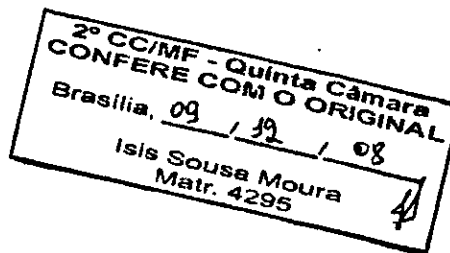
"-Considerando que a meu ver não ficou comprovada a existência de cessão de mão-de-obra, nos termos do §2º, do art. 31, da Lei 8.212/91, com redação anterior a M.P. 1.663-15/98, posto que não ficou demonstrado que os segurados envolvidos com o serviço prestado ficaram à disposição da Recorrente;

- Considerando que mesmo com a diligência determinada por esta Caj, o INSS não conseguiu comprovar a existência de cessão de mão-de-obra;"

5. Desta forma, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso do contribuinte, afastando a incidência da contribuição previdenciária.

DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

Relator



Voto Vencedor

Conselheiro MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

De acordo com o previsto no art. 5º, § 2º da Portaria MF n.º 147, aplica-se o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, aprovado pela Portaria do Ministro da Previdência Social n.º 88/2004, aos recursos já interpostos quando da instalação das 5ª e 6ª Câmaras no 2º Conselho.

Desse modo, o presente pleito revisional será analisado à luz do Regimento Interno do CRPS.

De acordo com o previsto no art. 60 da Portaria MPS n.º 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS, a admissibilidade de revisão é medida extraordinária. A revisão é admitida nos casos de os Acórdãos do CRPS divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, ou após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou for constatado vício insanável, nestas palavras:

Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

I – violarem literal disposição de lei ou decreto;

II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993;

III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

IV – for constatado vício insanável.

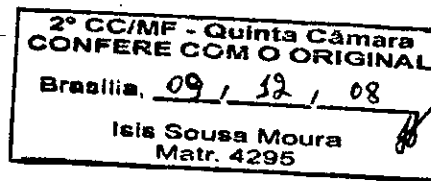
§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

OC

[Assinatura]



III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução, no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento.

Entendo que tem cabimento o pleito revisional, haja vista a fundamentação do acórdão ser pela impossibilidade de comprovação da cessão de mão-de-obra, e não pela não existência da cessão de mão-de-obra. Desse modo, a conclusão do julgado deveria ter sido por anular o lançamento por vício formal e não conceder provimento ao recurso interposto.

Assim resta configurada a incompatibilidade entre a fundamentação do acórdão e a conclusão do julgado. Por esse fato entendo procedente o pedido de revisão, e uma vez reconhecendo o vício do acórdão anterior (juízo rescindente), deve ser apreciada toda a questão devolvida a este Colegiado por meio do recurso interposto pelo notificado (juízo rescisório).

Or

[Handwritten signature]

A responsabilidade solidária ocorre somente nos casos em que há o envolvimento da cessão de mão-de-obra, conforme redação do art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. Sendo a caracterização da ocorrência da cessão um dos pressupostos para configuração da solidariedade, deveria constar do relatório fiscal. Ainda não restou evidenciada a forma como os serviços foram prestados.

Não foi realizado o cotejamento pelos Auditores-Fiscais entre a documentação analisada e a legislação que dispõe acerca da cessão de mão-de-obra.

Não se pode confundir uma simples prestação de serviços com a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra. Somente o fato de constar na lista prevista no Regulamento da Previdência Social não é suficiente para que surja a responsabilidade. Por exemplo, o serviço de vigilância e segurança consta na referida lista, entretanto pode ser realizado com ou sem cessão de mão-de-obra; a solidariedade será imputada somente no primeiro caso.

Entendo que os vícios encontrados seriam sanáveis, não sendo necessário anular a presente NFLD. Conforme prevê o art. 32 da Portaria MPS n.º 520/2004, que rege o processo administrativo fiscal, a nulidade dos atos são somente as seguintes:

Art. 32. 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;

III - o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 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 o 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.

Sendo assim, entendo, assim como o acórdão rescindido, que o relatório fiscal poderia ser complementado, a fim de mais bem caracterizar a cessão de mão-de-obra, sem necessidade de ser anulada a NFLD, mesmo porque, o princípio que rege o processo administrativo é o da economia processual. O que deveria ser anulada é a Decisão-Notificação que não considerou a ausência de todos os elementos no relatório fiscal, conforme previsto no inciso II, do art. 32 acima transcrito.

Não resta dúvida, portanto, que há um vício no presente levantamento, o ponto controverso reside na possibilidade de saneamento ou não da falta. Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A falta de motivo do ato administrativo vinculado causa a sua nulidade. No lançamento fiscal o motivo é a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária. Agora, a motivação é a expressão dos motivos, é a tradução para o papel

da realidade encontrada pela fiscalização. A falha na motivação pode ser corrigida, desde que o motivo tenha existido.

Não é outra a lição do mais abalizado administrativista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com esse doutrinador, na obra Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros, pág. 385, verbis: "em se tratando de atos vinculados, o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato."

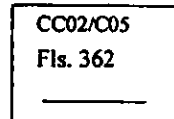
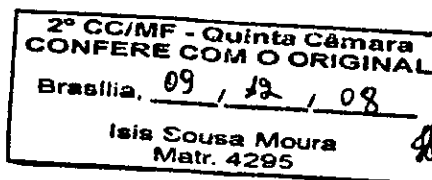
Na mesma obra, página 451, o autor afirma que "a convalidação, ou seja, o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, em nada se incompatibiliza com interesses públicos. Isto é: em nada ofende a índole do Direito Administrativo. Pelo contrário". Na lição de Celso Antônio, página 453: "A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há entretanto, uma exceção. É o caso da "motivação" de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação."

De acordo com o previsto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, há apenas dois casos de nulidades: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Conforme disposto no art. 60 do referido Decreto, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das acima referidas 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.

Destaca-se que mesmo nos casos de preterição do direito de defesa, não deve ser anulada a NFLD ou o auto de infração, mas sim a decisão ou o despacho. Prova desse entendimento é que se não houver a cientificação do sujeito passivo, não há dúvida que há um cerceamento ao direito de defesa, mas pergunta-se: há que ser anulada a NFLD? Entendo que não, assim como a maior parte, se não a totalidade dos demais Conselheiros. Não se pode olvidar que a cientificação é parte necessária ao aperfeiçoamento do lançamento fiscal, e portanto é intrínseco ao ato, mas o vício dessa cientificação não é causa de nulidade do procedimento fiscal.

Não se pode esquecer que o lançamento depois de notificado ao sujeito passivo não se torna perfeito e acabado. Esse lançamento pode ser alterado em função da impugnação do sujeito passivo, por recurso de ofício ou por iniciativa de ofício, conforme previsão no art. 145 do CTN. O processo administrativo fiscal tem justamente a função de constituir definitivamente o crédito, assegurando-lhe a certeza e a liquidez. Caso não adotemos essa característica inerente ao processo administrativo, transformaríamos nossas decisões na cômoda anulação da NFLD ou do auto de infração, nos furtando à análise de mérito, para procurarmos meras irregularidades formais na constituição do crédito.



O apego demasiado à formalidade por este Colegiado vai de encontro aos princípios do Direito Administrativo da economia processual e da eficiência. Se é reconhecido que a fiscalização pode efetuar novo lançamento fiscal, após a anulação por vício formal, para quê gastar tanto esforço e tempo, se podemos aproveitar todas as provas que já foram colacionadas, prosseguindo o feito nesses mesmos autos?

Não há dúvida que a presente irregularidade trata-se de ato anulável e não nulo. Uma vez que são anuláveis os atos que a lei assim os declare, bem como os que podem ser re praticados sem vício, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, página 457 da sua obra, Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros.

Outra prova inconteste de que a falha é sanável é que o vício poderia ser convalidado se não houvesse a impugnação do sujeito passivo, ou se esse, a par de identificar a falha, fizesse o recolhimento das contribuições. Caso o vício fosse insanável, nem mesmo o pagamento realizado pelo contribuinte afastaria a nulidade do lançamento fiscal.

Na classificação das nulidades processuais existem: as nulidades absolutas, quando se viola norma cogente de proteção do interesse público; nulidade relativa, quando se vulnera norma cogente de tutela de interesses privados; e anulabilidade, quando se infringe norma jurídica dispositiva. Pelo exposto, como o lançamento diz respeito eminentemente a direito patrimonial não há dúvida que as violações adentram o campo de interesses privados, portanto integrante das nulidades relativas.

Conforme previsto no § 4º do art. 515 do CPC, constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação. Assim sendo, se no processo judicial é possível nos tribunais, a conversão do julgamento em diligência, conforme previsto no art. 515, parágrafo 4º do CPC, qual o motivo de não o ser possível no tribunal administrativo.

A melhor caracterização da falha encontrada pela fiscalização pode ser realizada por meio de relatório fiscal complementar; afinal é para isso que servem as diligências fiscais. Atenta-se que não é este Colegiado que irá convalidar o ato de lançamento, mesmo porque não possui competência para isso. A convalidação será realizada pelo próprio órgão que efetuou o lançamento fiscal.

Não pode persistir o entendimento de que em qualquer hipótese que se verifique uma irregularidade, que enseje a complementação do relatório fiscal, esta não possa ser realizada. Tal impedimento descumpriria a lei, no caso o Decreto n.º 70.235/1972, uma vez que nenhuma diligência poderia ser mais realizada, pois toda a diligência colaciona novas informações que não constavam no relatório inicial.

Entretanto, no presente caso há uma particularidade que não se subsume a tudo que acabou de ser exposto. Já foi comandada a diligência fiscal, mas mesmo assim a fiscalização não conseguiu demonstrar a caracterização da cessão de mão-de-obra.

Assim, diante das provas colacionadas aos autos este Colegiado tem que proferir uma decisão. A fiscalização previdenciária não conseguiu fazer provas de suas alegações; não





Processo n.º 36660.000331/2007-06
Acórdão n.º 205-00.514

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 12 / 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4285

CC02/C05
Fls. 363

restou demonstrada a caracterização de cessão. Agora, também não é possível conceder provimento reconhecendo a inexistência de cessão de mão-de-obra, pois não há provas de que a cessão não existiu.

Desse modo, convertido o julgamento em diligência, sendo sanado o vício prossegue-se no julgamento do recurso. Não sendo sanada a falha, como no presente caso, deverá ser extinto o processo sem a resolução do mérito, o que implica no processo administrativo em anular por vício formal o lançamento anteriormente efetuado.

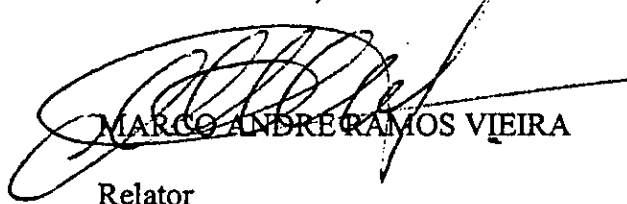
CONCLUSÃO:

Voto por CONHECER do PEDIDO DE REVISÃO da Receita Previdenciária e resolvo RESCINDIR o Acórdão de n.º 002769/2002, às fls. 316 a 319.

Em substituição aquele, voto por ANULAR a NFLD.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA
Relator

D.

