

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05, 09, 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 424



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n° 37311.001195/2007-96
Recurso n° 144.350 Voluntário
Matéria Responsabilidade Solidária
Acórdão n° 205-00.512
Sessão de 09 de abril de 2008
Recorrente ELEKEIROZ S/A E OUTRO
Recorrida DRP JUNDIAÍ/SP

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial de 11/08/08
de 04/08/08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/07/1995 a 31/08/1997

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE

O art. 45 da Lei 8.212/91 não foi até hoje declarado inconstitucional, estando em plena vigência, não podendo deixar de ser aplicado pela Administração.

CERCEAMENTO DE DEFESA. – Solidariedade, art. 31 da Lei n° 8.212/91. 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 n.º 8.212/91.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 37311.001195/2007-96
Acórdão n.º 205-00.512

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05, 09, 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 425

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, anular o lançamento, nos termos do voto da Relatora. O Conselheiro Marco André Ramos Vieira apresentará Declaração de Voto



JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Renata Souza Rocha (Suplente).



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário, por responsabilidade solidária, lançado em 18/11/2005, contra a empresa acima identificada referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte patronal, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência da incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a parte referente a contribuição dos segurados, relativas ao período de 07/1995 a 08/1997.

O Relatório Fiscal de fls. 26/30, diz que a presente notificação visa constituir novamente o crédito constante da NFLD DEBCAD 35.159.049-8, que foi tornada nula pela 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, por não trazer o dispositivo legal que autorizasse a aferição indireta. Desta forma, esta notificação reitera todos os termos e fatos constantes da anterior, trazendo a correta fundamentação legal.

Ainda de acordo com o relatório fiscal, o crédito refere-se a responsabilidade solidária na prestação de serviços de manutenção, conservação e limpeza, com cessão de mão de obra, pela empresa ETAGRIL – EMPRESA TÉCNICA AGROINDUSTRIAL LTDA., no período acima citado. Consta do relatório planilha com o número da nota fiscal de prestação de serviços, data da emissão, valor e o percentual de 40%, incidente sobre a nota, nos termos da Ordem de Serviço INSS/DAF N. 83, vigente à época dos fatos geradores, para a apuração do salário-de-contribuição.

A recorrente não se elidiu da responsabilidade solidária, pois não apresentou as guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, nem as folhas de pagamento (cópias), conforme preleciona o parágrafo 4, do artigo 31 da Lei n. 8.212/91.

Após a apresentação de defesa, fls. 114/145 e juntada de documentos, fls.165/259, foi protocolada em 19/04/2006, solicitação para exclusão da NFLD do nome do Sr. Plínio da Silva Aguiar, como responsável pela empresa solidária, por motivo de seu falecimento (juntada certidão de óbito).

Em resposta de fls. 277 a DRP de Jundiá informa que no momento o Sr. Plínio da Silva Aguiar não está incluído no rol de co-responsáveis, mas de acordo com os registros cadastrais foi sócio da empresa desde 1968, não constando informações sobre a sua retirada do quadro societário, sendo que o espólio poderá ser chamado a responder pela dívida fiscal, se assim entender a Procuradoria Federal. O contribuinte foi devidamente cientificado da informação (fls. 277, verso)

Às fls. 279, consta solicitação de diligência por parte da DRP para que o fisco comprovasse a cessão de mão de obra, solicitando à empresa os contratos de prestação de serviços.

Informação fiscal de fls. 282, diz que a natureza dos serviços prestados referentes à manutenção, conservação e limpeza de áreas verdes, possibilita que os mesmos sejam prestados com cessão de mão de obra. Que os contratos de prestação de serviços que demonstrariam a existência da cessão foram devidamente solicitados à notificada através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, fls. 281, mas não foram apresentados.

Desta forma, a fiscalização entende que a falta de apresentação dos documentos autoriza o lançamento por aferição indireta e complementa dizendo que esta NFLD é substitutiva de outra, anulada por falta de fundamentação legal, mas que no relatório fiscal original (fls. 33) consta que foram analisados os contratos de prestação de serviços que levaram à lavratura da primeira NFLD.

A empresa ELEKEIROZ, foi cientificada do teor da diligência e lhe foi aberto prazo para manifestação, onde diz que firmou contrato tácito com a empresa ETAGRIL e não localizou em seus arquivos o contrato escrito de serviços. Aduz que os serviços não foram prestados de forma contínua, não havendo caracterização de cessão de mão de obra.

Decisão-Notificação de fls. 295/318, pugna pela procedência do lançamento.

Inconformada a recorrente interpôs recurso, alegando em síntese que:

- os serviços prestados pela ETAGRIL o foram em alguns meses nos anos de 1995 a 1997, de modo descontinuo, não se caracterizando a cessão de mão de obra.

- Apresentou, por hora da defesa, recolhimentos efetuados pela ETAGRIL, os quais não foram considerados. Que algumas guias de recolhimento apresentam até valores maiores do que os lançados.

- Argúi a nulidade da notificação pela falta de demonstração dos fatos geradores, pois não restou comprovada a cessão de mão de obra, nem o inadimplemento das contribuições previdenciárias por parte da prestadora de serviços, que nem foi fiscalizada. Reitera que não há responsabilidade solidária porque não foi comprovada a cessão de mão de obra; que os serviços prestados eram descontínuos e não significavam necessidade permanente da tomadora.

- Diz que não tem mais contato com a prestadora e que esta em momento algum fez parte da lide, o que denota falta de idoneidade na referida cobrança.

- Argúi que não é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a obrigação do recolhimento é da prestadora e nem sequer houve, por parte do INSS, comprovação do inadimplemento das contribuições.

- Alega a decadência do crédito tributário face ao transcurso fatal dos cinco anos para a constituição do crédito, nos termos do CTN, já que o artigo 45 da lei 8212/91, que fixa o prazo em dez anos é inconstitucional.

- Aduz que a obrigatoriedade da elaboração de folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa tomadora dos serviços deixou de existir com a edição da Lei 9.711/98.

- Os serviços prestados consistiam em entamboramento de resíduos e serviços com resíduos sólidos não considerados pela legislação como cessão de mão de obra.

- Faz referência à jurisprudência para dizer que a responsabilidade não pode ser presumida, sendo inaplicável o arbitramento. Que o benefício de ordem foi extraído do texto do artigo 31 da Lei n. 8.212/91, sendo a responsabilidade somente subsidiária e não existindo prova do ilícito quanto à co-responsável, a NFLD somente poderia ter sido lavrada quando esgotada a via executiva contra os devedores principais.

A

- Argúi o locupletamento ilícito do INSS porque notificou diversas empresas petroquímicas integrantes do Pólo Petroquímico de Camaçari Bahia, imputando-lhes idêntica co-responsabilidade.

- Se insurge contra o SAT pela ausência de norma legal cabível que preveja a matéria, pois deveria ter sido instituída por Lei Complementar. Diz ainda, que o código aposto na notificação, relativo ao SAT, está errado.

- Que ao fazer incidir contribuição sobre valor contido na nota fiscal serviço, não foi observado o limite máximo do salário de contribuição, tomando ilegal a cobrança.

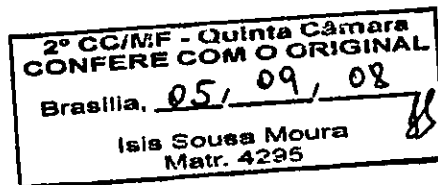
- Argúi a inaplicabilidade dos juros capitalizados e a taxa SELIC.

Requer que a recorrida apresente relatório ou conta corrente com as declarações e pagamentos efetuados pela prestadora, diante das divergências do que está sendo cobrado e os documentos apresentados no recurso; relação dos processos de cobrança movidos pela Autarquia contra a prestadora e os processos de outras tomadoras da mesma, para evitar a litispendência; o cadastro completo da prestadora para comprovação da alíquota do seguro de acidente do trabalho. regulamentação.

Por fim, requer a insubsistência da NFLD e protesta por provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, bem como a juntada de novos documentos, perícias, exames e demais provas.

É o Relatório.





Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

DA ADMISSIBILIDADE

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

DAS PRELIMINARES

O lançamento foi realizado dentro do prazo fixado no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. A regra contida no dispositivo é clara quanto à decadência decenal das contribuições previdenciárias; portanto, por expressa vedação regimental, não compete a este órgão julgador afastar sua aplicação:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes)

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Nesse sentido é que foi aprovada pelo Conselho Pleno do Segundo Conselho de Contribuintes a Súmula 02, publicada no DOU de 26/09/2007:

h

"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária"

DO MÉRITO

Analisando os autos verifiquei várias irregularidades que ocorreram no trâmite administrativo da presente NFLD.

Primeiramente, o relatório fiscal de fls. 26/30, não evidenciou a caracterização da cessão de mão-de-obra, que seria o fato gerador do lançamento fiscal. É inegável o instituto da responsabilidade solidária no período do crédito lançado, com fulcro no artigo 31 da Lei n. 8.212/91, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem, mas desde que reste comprovada a prestação de serviços com cessão de mão de obra, o que definitivamente não ocorreu no processo em tela, que vem substituir a NFLD tornada nula pela 4ª Caj do CRPS, por falta de fundamentação legal, e cujo relatório fiscal também não evidenciava a cessão de mão de obra, fls. 32/34.

Ademais, a DRP de Jundiaí, solicita às fls. 279, diligência fiscal para evitar novo julgamento por nulidade por parte do órgão colegiado de segunda instância, a fim de que sejam solicitados os contratos de prestação de serviço para análise da existência da cessão de mão de obra.

Ocorre que em resposta, a fiscalização se pronuncia, fls. 282, dizendo que "a natureza dos serviços possibilita a prestação com cessão de mão de obra..."; que os contratos não foram apresentados e que no relatório fiscal original (fls. 33), consta que os mesmos foram examinados.

Desta forma, não restou evidenciada a prestação de serviço com cessão de mão de obra. Não é a simples contratação de um serviço que traz à solidariedade. Esta decorre tão somente da prestação de serviço onde se verifica a cessão de mão de obra.

Nos atos legais e normativos o elenco das atividades que comportam cessão de mão de obra especificados na legislação previdenciária é meramente exemplificativo, ou seja, pode haver cessão nas atividades arroladas, desde que ela fique demonstrada, desde que haja enquadramento no conceito de cessão.

Daí decorre a necessidade de uma maior precisão na afirmativa da fiscalização de que os serviços contratados foram prestados com cessão de mão de obra. Não é a presunção de legitimidade da afirmativa fiscal que possibilita o exercício do amplo direito de defesa e sim a motivação e explicitação que for trazida na notificação. Para que a recorrente possa se contrapor a afirmativa da existência da cessão é necessário que a fiscalização tenha apontado de forma concreta de onde extraiu suas conclusões. 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.

No processo em questão não há demonstração de quais serviços foram prestados e tampouco se o foram com cessão de mão de obra. O relatório fiscal não diz qual serviço foi prestado. Por sua vez, empresa, em sua defesa, juntou cópias de notas fiscais de serviço onde constam serviços de limpeza predial, limpeza industrial, arrumação no almoxarifado,

conservação de área verde, roçada, capina, e reentaboamento de resíduos sólidos, mas afirma que não foram prestados com cessão de mão de obra.

Muito embora algumas notas fiscais tragam especificamente a quantidade de trabalhadores a serem utilizados e o tempo de duração do trabalho (fls. 198/199), não cabe a este Conselho procurar nos autos evidências do que foi afirmado pelo órgão lançador de forma genérica, pois, repito que cabe a autoridade lançadora motivar seus atos.

A autarquia 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.

O contencioso administrativo no âmbito da Receita Federal do Brasil é regido pelo Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972 e mais especificamente, no caso das contribuições sociais de que tratam os artigos 2º e 3º da Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007, pela Portaria RFB n.º 10.875, de 16 de agosto de 2007.

A

Em ambos diplomas legais, nos artigos 59, inciso II e 27, inciso II, respectivamente, está disposto que são nulos "os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa" (grifei)

No caso em tela, versando o lançamento, exclusivamente, sobre a responsabilidade solidária decorrente da cessão de mão de obra, no período de 07/1995 a 08/1997,, a efetiva prestação do serviço com cessão deve ficar cabalmente demonstrada no relatório fiscal.

Estatui o artigo 31, caput, da Lei n.º 8.212/91:

"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 a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

Alteração - 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 alterada pela MP n.º 1.523-9, reeditada até a conversão na Lei n.º 9.528/97)

E, o parágrafo 2º, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9.032/95, vigente à época do fato gerador, dispõe que :

*" 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 direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação".
(Redação alterada pela Lei n.º 9.032/95)*

Portanto, a solidariedade só estará presente nos serviços contínuos, onde houver cessão de mão de obra (art.31, caput da Lei n.º 8.212/91), de forma que a constatação da existência ou não da solidariedade dar-se-á mediante a verificação da forma como foram contratados os serviços.

Por força do dispositivo legal, acima referido, 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.

No presente caso, em sede de diligência fiscal é que foram solicitados os contratos de prestação de serviço, mas não foram apresentados e por isso, a fiscalização sustenta o lançamento. Todavia, não foi lavrado o pertinente auto de infração pelo descumprimento da obrigação acessória de apresentar os documentos solicitados, artigo 33, parágrafo 2, da Lei n. 8.212/91, o que daria sustentação a aferição indireta.

É de se salientar que a não apresentação dos contratos solicitados autoriza o lançamento por aferição indireta, mas deve ficar consignada, de qualquer forma, a motivação do lançamento fiscal.

Com base nas informações trazidas no relatório fiscal é impossível concluir acerca da configuração ou não da cessão de mão-de-obra, fato este determinante para o lançamento de débito por responsabilidade solidária.

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 cessão de mão-de-obra.

A falta de caracterização da cessão de mão de obra, no Relatório Fiscal, por si só gera o cerceamento de defesa do contribuinte e conseqüentemente a anulação do lançamento de responsabilidade solidária pelas contribuições previdenciárias advindas da prestação de serviço com cessão de mão de obra, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto 70.235/72.

Afora o motivo acima exposto, determinante para a anulação do lançamento, devo deixar consignado que não consta dos autos provas de que o prestador dos serviços ETAGRIL – EMPRESA TÉCNICA AGRO-INDUSTRIAL LTDA. tenha tido ciência, da diligência fiscal e seu resultado fls 279 e 282, e da decisão-notificação de fls. 295/318, posto que os AR – Aviso de Recebimento foram endereçados somente para a recorrente ELEKEIROZ S.A. Embora conste no AR o nome da empresa ETAGRIL, não foi enviado para o seu endereço, nenhuma das peças mencionadas, haja vista os AR's de fls. 283, verso e 320.

Também não há nos autos qualquer menção por parte da fiscalização quanto aos documentos apresentados pela recorrente ainda em fase de defesa, que se consubstanciam em notas fiscais de prestação de serviço, folhas de pagamento e guias de recolhimento. O contribuinte alega que as guias são relativas aos valores aqui lançados, fls. 165 a 259, e a fiscalização não se manifesta sobre o assunto.

Ainda que a autoridade julgadora de primeira instância tenha se manifestado na Decisão-Notificação quanto as guias não serem específicas para a prestação de serviço em questão, cabia a autoridade lançadora o exame dos documentos acostados pois a lavratura da notificação é ato de sua competência privativa, da mesma forma que uma eventual retificação frente a documentos apresentados.

X

Processo n.º 37311.001195/2007-96
Acórdão n.º 205-00.512

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05/09/08
Isis Sousa Moura 48
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 434

Por todo o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta,

Voto pela ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO

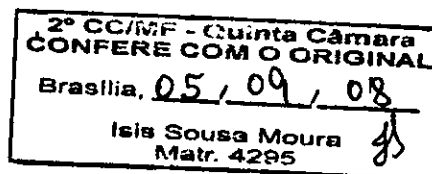
Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008



LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora





Declaração de Voto

Conselheiro, MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA. Relator

O procedimento realizado pelo órgão previdenciário não merece prosperar, pois está eivado de nulidades. A decisão anterior proferida pela 2ª Câmara do CRPS foi no sentido de que o relatório fiscal encontrava-se incompleto, pela falta de caracterização da cessão de mão-de-obra, tendo sido comandada diligência para que o Auditor fizesse relatório complementar. Entretanto, o Auditor não conseguiu demonstrar a existência da cessão de mão-de-obra.

O órgão previdenciário aponta que a recorrente deveria ter efetuado a retenção, entretanto não indicou no relatório fiscal, nem na complementação do relatório, os fundamentos para enquadrar os serviços prestados como sujeitos à retenção de 11%. 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 obrigação da retenção. Por exemplo, o serviço de vigilância e segurança consta na referida lista, entretanto pode ser realizado com ou sem cessão de mão-de-obra, como na vigilância remota; a obrigação da retenção será exigida somente no primeiro caso.

Nesse sentido dispõe o art. 145, parágrafo único da Instrução Normativa MPS/SRP n.º 3/2005, nestas palavras:

Art. 145. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, observado o disposto no art. 176, os serviços de:

(...)

Parágrafo único. Os serviços de vigilância ou segurança prestados por meio de monitoramento eletrônico não estão sujeitos à retenção.

Salienta-se que no presente caso não houve destaque dos valores a serem retidos em nota fiscal, assim é dever da fiscalização indicar os fundamentos de sua convicção.

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.

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.

Cabe destacar que a Lei n.º 11.276 de 2006 alterou o CPC, acrescentando o § 4º ao artigo 515. De acordo com esse dispositivo, 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. Ora, se no próprio Poder Judiciário é reconhecida a possibilidade de o tribunal diante de uma nulidade sanável providenciar a correção do ato, qual o motivo de não reconhecer ao conselho de contribuintes, que é um tribunal administrativo, a possibilidade de corrigir os vícios sanáveis do lançamento fiscal; ainda mais quando é cediço que o rigorismo formal no Poder Judiciário é bem superior ao do processo administrativo.

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 restou demonstrada a cessão de mão-de-obra.

A

Processo n.º 37311.001195/2007-96
Acórdão n.º 205-00.512

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 05 / 08 / 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 438

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 na formalização o lançamento anteriormente efetuado.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por ANULAR a NFLD.

É como voto.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Relator