



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

Processo nº 35948.002737/2005-74
Recurso nº 145.516 Voluntário
Matéria Retenção 11%
Acórdão nº 205-00.866
Sessão de 05 de agosto de 2008
Recorrente PHILIP MORRIS BRASIL SA E OUTRO
Recorrida DRP - CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

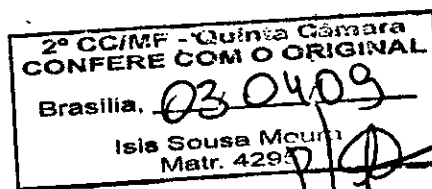
Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2001

NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA.
- NULIDADE O relatório fiscal não evidenciou a caracterização da cessão de mão-de-obra conforme previsto na Lei nº 8.212/91, com as modificações introduzidas pelas Leis nºs 9.528/97 e 9.711/98 e art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

CERCEAMENTO DE DEFESA. - NULIDADE. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa. Arts. 37 da Lei n. 8.212/91 e 243, do Regulamento da Previdência Social.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, em anular o auto de infração/lançamento. Vencido o Conselheiro Marco André Ramos Vieira que votou pela anulação da decisão de primeira instância. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes. Ausência justificada dos Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior e Adriana Sato. Presença do Sr. Marcelo Reinecken de Araújo OAB/DF nº 14.874 para acompanhar o julgamento


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

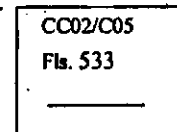
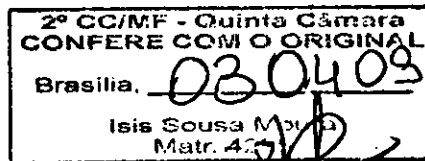
Presidente


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato.





Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da retenção de 11% decorrente da contratação de serviços que teriam envolvido cessão de mão-de-obra, conforme previsão no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências fevereiro de 1999 a janeiro de 2001, fls. 29 a 31.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 36 a 52. Alegando que é indevida a referência aos administradores como co-responsáveis; a falta de retenção não traz prejuízo ao INSS, pois a prestadora deverá recolher o valor integral sem nenhuma compensação; deve ser fiscalizada primeiramente a prestadora de serviços; não há como identificar a verdadeira base de cálculo da contribuição; não podem ser cobrados juros Selic.

Foi comandada a elaboração de relatório complementar, conforme fls. 288 a 291. A fiscalização emitiu relatório, fls. 294 a 296.

Cientificada da emissão do novo relatório, a sociedade empresária apresentou defesa complementar conforme fls. 303 a 337.

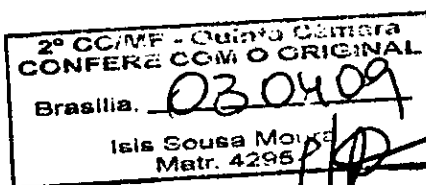
A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 397 a 411.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 422 a 454; alegando em síntese:

- I. Houve a decadência do direito de lançar;
- II. Não pode ser imputada responsabilidade aos administradores;
- III. Não houve cessão de mão-de-obra;
- IV. É imprópria a base de cálculo da retenção;
- V. A responsabilidade afronta o art. 128 do CTN;
- VI. Não pode ser aplicada a taxa Selic;
- VII. Requerendo que seja conferido provimento ao recurso interposto.

A unidade descentralizada da SRP apresenta suas contra-razões às fls. 476 a 490. O órgão requer que seja negado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

Recurso interposto tempestivamente, conforme fls. 415 e 422, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n° 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n° 9.711/1998, nestas palavras:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois 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. (Redação dada pela MP n° 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei n° 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei n° 9.711/98.

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° 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:

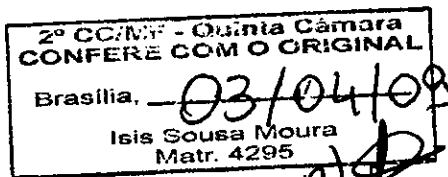
(...)

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

Assim, reconheço que há uma irregularidade no procedimento, qual seja: a falta de caracterização da cessão de mão-de-obra. A responsabilidade ocorre somente nos casos em que há o envolvimento da cessão de mão-de-obra, conforme redação do art. 31 da Lei n° 8.212/1991. Sendo a caracterização da ocorrência da cessão um dos pressupostos para configuração da responsabilidade, deveria constar do relatório fiscal. O relatório não indicou a forma como os serviços foram prestados (colocação à disposição).

Conforme prevê o art. 32 da Portaria MPS n° 520/2004, que regia 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 que o relatório fiscal pode 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.

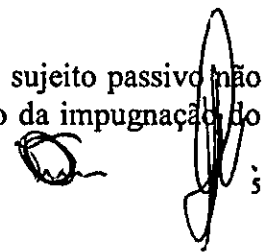
Não resta dúvida portanto, que há um vício na presente Notificação, o ponto controverso reside na possibilidade de saneamento ou não da falta. Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A falta de motivo do ato administrativo vinculado causa a sua nulidade. No lançamento fiscal o 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.

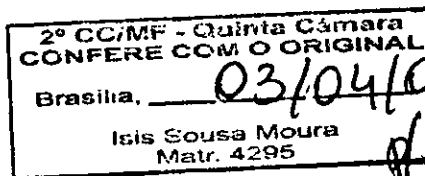
De acordo com o previsto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, há apenas dois casos de nulidades: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

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 após 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 ao 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 estão colacionadas aos autos, possibilitando a correção do feito?

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.

A persistir o entendimento desta Câmara, em qualquer hipótese que se verificar uma irregularidade, que ensejasse complementação do relatório fiscal, esta não poderia ser realizada. Desse modo, a decisão descumpra 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.

Destaca-se que a possibilidade de complementação do relatório fiscal, reconhecendo o saneamento do vício, já foi ratificada por este Colegiado, por unanimidade, no julgamento do recurso de n.º 142.245, em 12 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

Não obstante as razões apresentadas, entendo que a diligência fiscal, relatório complementar e despacho decisório emitidos [fls. 53-64], com a conseguinte intimação da ora Recorrente para manifestação, sanaram o vício constante do lançamento, sendo inoportuna e despendianda qualquer reparação por este órgão julgador. (grifei)

Pelo exposto, entendo que deveria o julgamento ser convertido em diligência a fim que seja complementado o relatório fiscal. Entretanto, tal diligência traria novas informações que não teriam sido analisadas na primeira instância administrativa, inovando a matéria em grau de recurso, o que ocasionaria a supressão de instância. Desse modo, para não ferir o princípio da ampla defesa, e para não suprimir a primeira instância, por uma questão lógica deve ser anulada a decisão de primeira instância para que seja possibilitada a complementação do relatório fiscal.

Deve o Auditor notificante completar o relatório fiscal motivando o entendimento do enquadramento na presente notificação. Repita-se que entendo que não cabe a diligência para complementar o relatório em segunda instância administrativa, pois ocasionaria a supressão de instância; por esse motivo é que voto por anular a decisão-notificação. Anulando a decisão de primeiro grau é reaberta toda a discussão sobre os dados que porventura sejam acrescidos aos autos, o que favorece o contraditório e a ampla defesa.

Q



CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por ANULAR a DECISÃO-NOTIFICAÇÃO, devendo os autos retornarem à fiscalização para que seja elaborado novo relatório fiscal, que evidencie, nos termos do voto, os serviços que envolveram cessão de mão-de-obra.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de Agosto de 2008


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Voto Vencedor

Relator designado, Damião Cordeiro de Moraes

1. Peço venia ao nobre relator, Conselheiro Marco André Ramos Vieira, para discordar do seu posicionamento, apenas em relação à parte conclusiva do seu voto.

2. É que, diante da ausência de caracterização da cessão de mão-de-obra, matéria que diz respeito ao nascimento da própria obrigação tributária, pois a responsabilidade somente ocorrerá nos casos em que há o envolvimento da cessão, conforme redação do art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, o lançamento do débito não pode prevalecer contra o recorrente.

3. Vale dizer que a necessidade de caracterização não se impõe por simples formalismo, mas é importante para evitar o cerceamento do direito de defesa por parte da empresa notificada, uma vez que, ausentes no relatório fiscal os requisitos da prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra, coloca-se sobre a empresa peso desproporcional, qual seja o de tentar produzir sua defesa sem saber exatamente do que é autuada. É como se tateasse no escuro, buscando a verdade sem que nenhum caminho lhe seja mostrado.

4. Assim, ocorrendo o cerceamento de defesa, tal fato é motivo suficiente para anular o lançamento, nos exatos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto 70.235/72.

5. Nesse sentido, embora à época vencido, foi o meu voto no Recurso n.º 141.625 (acórdão n.º 205-00.007; sessão de 09/10/2007).

6. Feitas estas considerações, voto por anular o lançamento fiscal.


Damião Cordeiro de Moraes

