



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13896.001442/2007-62
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-003.074 – 2ª Turma
Sessão de 13 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TV ÔMEGA LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/05/2006

NORMAS PROCESSUAIS. ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

Não configurada a primeira divergência, seja porque o acórdão recorrido não tratou da questão da existência de prejuízo para a declaração de nulidade, seja porque o acórdão recorrido e o acórdão paradigma originam-se contextos absolutamente distintos, uma vez que no acórdão paradigma a nulidade foi rechaçada justamente porque a autuada demonstrou pleno conhecimento da matéria e no acórdão recorrido o contribuinte alega e a decisão constata que autoridade fiscal não se desincubiu de comprovar a ocorrência da cessão de mão de obra e que a simples enunciação da legislação aplicável, sem a apresentação de fatos e documentos que caracterizem a cessão de mão de obra caracteriza cerceamento do direito de defesa, em virtude do prejuízo em sua defesa.

Quanto a segunda divergência, consubstanciada no acórdão nº CSRF/02-02.301, apontado como paradigma, trata de questão em que se afasta a nulidade que decorra de erro na capitulação legal. Ademais, naquele caso o recurso especial da Fazenda foi provido porque *“a Fiscalização foi pródiga ao descrever, minudentemente, as infrações imputadas ao autuado”*.

Ocorre que, o acórdão recorrido não faz menção a questão de haver nulidade decorrente de erro na capitulação legal. Trata sim é de ausência de caracterização da cessão de mão de obra, o que caracteriza vício na descrição do fato gerador.

Paradigmas que não apresentam similitude fática com o acórdão recorrido não se prestam à demonstração da divergência.

Recurso especial não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

(Assinado digitalmente)

Henrique Pinheiro Torres - Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire – Relator

EDITADO EM: 09/05/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Henrique Pinheiro Torres (Presidente em Exercício), Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Alexandre Naoki Nishioka (suplente convocado), Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Maria Helena Cotta Cardozo, Marcelo Freitas de Souza Costa (suplente convocado) e Elias Sampaio Freire.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão n.º 2302-00.909, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção em 16 de março de 2011, interpôs, dentro do prazo regimental, recurso especial de divergência à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A decisão recorrida, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de ofício. Segue abaixo a sua ementa:

“RETENÇÃO 11%. FALTA CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RELATÓRIO INCOMPLETO. NULIDADE. O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n.º 9.711/1998. 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. A formalização do auto de infração tem como elementos os previstos no art. 10 do Decreto n.º 70.235. O erro, a depender do grau, em qualquer dos elementos pode acarretar a nulidade do ato por vício formal. Entre os elementos obrigatórios no auto de infração consta a descrição do fato (art. 10, inciso III do Decreto n.º 70.235). A descrição implica a exposição circunstanciada e minuciosa do fato gerador, devendo ter os elementos suficientes para demonstração, de pelo menos, da verossimilhança das alegações

do Fisco. De acordo com o princípio da persuasão racional do julgador, o que deve ser buscado com a prova produzida no processo é a verdade possível, isto é, aquela suficiente para o convencimento do juízo. Pelo exposto, in casu, não se tratou de simples erro material, mas de vício na formalização por desobediência ao disposto no art. 10, inciso III do Decreto nº 70.235. Recurso de Ofício Negado."

Afirma a Fazenda Nacional que o acórdão recorrido destoa da jurisprudência consolidada de outras câmaras no ponto em que declarou a nulidade do lançamento por vício formal, sob o argumento de que não houve descrição clara dos fatos geradores, bem como ausência de indicação do fundamento.

Diz que, da leitura detida da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, bem como do Relatório Fiscal de Notificação e dos demais termos que acompanham o procedimento, é possível concluir, indubitavelmente, que tudo está em plena conformidade com o que estabelece o Decreto nº 70.235/72 e a Lei nº 8.212/91.

Observa que o acórdão ora guerreado mostra-se também dissonante da jurisprudência na medida em que decreta uma nulidade sem a comprovação de prejuízo.

Considera patente o fato de que o contribuinte exerceu plenamente a sua defesa, inclusive não tendo se insurgido contra essa questão. Apresenta paradigma que refuta por inteiro a possibilidade de reconhecimento de nulidade sem prejuízo (*pas de nullite sans grief*). Segue abaixo sua ementa:

Acórdão 108-08499:

"IRPJ - CSLL — RECURSO DE OFÍCIO — PREJUÍZO FISCAL — BASE DE CÁLCULO NEGATIVA — COMPENSAÇÃO LIMITADA A 30% - É legítimo o aproveitamento do saldo do prejuízo fiscal de IRPJ e da base de cálculo negativa de CSLL, acumulados até a ocorrência do fato gerador, no limite de 30% do prejuízo fiscal e da base de cálculo positiva apurada, o que se coaduna com o decidido em primeiro grau.

IRPJ — PRELIMINAR DE NULIDADE — CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA — Incabível a preliminar de nulidade de cerceamento ao direito de defesa, pois o processo administrativo fiscal seguiu plenamente os trâmites legais, tendo a recorrente todas as oportunidades cabíveis para argumentar, não se vislumbrando qualquer prejuízo aparente.

IRPJ - PRELIMINAR DE NULIDADE - FALTA DE DESCRIÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO - Não há que se acolher a preliminar de nulidade ante a falta de descrição suficiente do auto de infração, eis o mesmo preenche todos os pressupostos legais em sua elaboração, e a atuada demonstrou pleno conhecimento da matéria em sua defesa, não se verificando quaisquer irregularidades nesse sentido.

IRPJ - CSLL - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - ILEGALIDADE - Incabível a utilização de notas fiscais inidôneas para reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Correia a decisão de

primeira instância que glosou a título de custo o valor total das notas fiscais ilegítimas, uma vez que não constituem elementos hábeis e idôneos a suportar a dedutibilidade dos valores despendidos na aquisição de insumos na determinação da base imponível. Recurso de ofício negado. Preliminares rejeitadas. Recurso voluntário negado".

(GRIFOS DO RECORRENTE)

Ademais, considera que, em sentido diverso àquele propugnado pelo acórdão atacado, a Segunda Turma desta Câmara Superior de Recursos Fiscais proferiu paradigma no qual se verifica que a capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração, bem como a ausência de enquadramento legal, não são causas suficientes para provocar a nulidade do lançamento, ainda mais quando o direito à ampla defesa foi exercido em sua plenitude, conforme previsão dos arts. 11, 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72. Segue a ementa do paradigma:

Acórdão: CSRF/02-02.301:

"NORMAS PROCESSUAIS - CAPITULAÇÃO LEGAL NULIDADE INEXISTENTE. O estabelecimento autuado defende-se dos fatos a ele imputado, e não do dispositivo legal mencionado na acusação fiscal. Não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados e fartamente documentados nos autos amoldam-se perfeitamente As infrações imputadas à empresa fiscalizada. Não há nulidade sem prejuízo. IPI - MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO, COM COBERTURA DE CREDITO - A mera falta de lançamento do imposto nas notas fiscais respectivas, é suporte fático suficiente para a aplicação da multa de lançamento de ofício, mesmo nos casos em que o período de apuração apresente saldo credor na escrita fiscal. Recurso especial provido."

Argumenta que não houve prejuízo para a defesa, pois o contribuinte indubitavelmente entendeu os fatos que lhe foi imputado e apresentou longo e detalhado arrazoado. Assim, conclui que seguindo o entendimento dos acórdãos paradigmas, não caberia a anulação do lançamento.

Frisa que somente importarão em nulidade as irregularidades apontadas no art. 59 da Lei do Processo Administrativo Fiscal, e que no presente caso a decisão vergastada reconheceu como nulidade fato que não se enquadra no citado dispositivo legal.

Aponta que o CARF tem firmado o entendimento de que se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as mediante extensa e substancial defesa, abrangendo não somente preliminares, mas também razões de mérito, mostra-se incabível a declaração de nulidade de lançamento, devendo prevalecer os princípios da instrumentalidade e economia processual em lugar do rigor das formas.

Ao final, requer o provimento do seu recurso.

Nos termos do Despacho nº 2300-211/2012, foi dado seguimento ao pedido em análise.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, contrarrazões.

Afirma que o requisito referente à comprovação da divergência jurisprudencial não foi preenchido.

Entende que os acórdãos citados não são contrários ao acórdão recorrido, pois asseveram a inexistência de nulidade do lançamento fiscal se o mesmo preencher todos os pressupostos legais em sua elaboração e a autuada tem pleno conhecimento da matéria autuada.

Diz que, no presente caso, é inequívoca a nulidade da autuação, já que a Recorrente não demonstrou, de forma eficaz, a existência do fato gerador.

No mérito, argumenta que a Fiscalização não efetuou o cotejamento dos requisitos necessários à tipificação tributária, sendo que simplesmente determinou a retenção da contribuição previdenciária à alíquota de 11% (onze por cento) sem, contudo, verificar a real existência do fato gerador.

Sustenta que, sem a devida caracterização da cessão de mão-de-obra, haverá o cerceamento de defesa do contribuinte, que deverá realizar um verdadeiro jogo de adivinhações para apresentar a sua defesa.

Observa que o relatório fiscal indica serviços cujas notas fiscais descrevem valores totalmente distinto do relatório fiscal, ora para mais, ora para menos, impossibilitando aferir o montante e a razão da imposição fiscal.

Salienta que a fiscalização limitou-se efetuar a apuração da contribuição previdenciária supostamente devida pela Recorrida, sem, ao menos, analisar os serviços que foram contratados.

Considera que, para existir a obrigação referente a retenção de 11% (onze por cento), o serviço contratado deverá preencher todos os requisitos dispostos legalmente para caracterizar a cessão de mão-de-obra e deverá estar elencado taxativamente nos artigos 31, § 4º, da Lei no 8.212/1991, c/c artigo 219, § 2º, do Decreto nº 3.048/1999 e 117 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009 (a qual revogou a Instrução Normativa INSS nº 100).

Ao final, requer o não conhecimento ou o não provimento do recurso em comento.

Eis o breve relatório.

Voto

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Relator

A Fazenda Nacional apresenta, em seu arrazoadado, duas divergências.

A primeira divergência, consubstanciada no acórdão paradigma nº 108-08499, não se sustenta, uma vez que a questão levantada pela PGFN, acerca da impossibilidade de reconhecimento de nulidade sem prejuízo, não foi sequer discutida pelo aresto atacado.

Ademais, o acórdão recorrido e o acórdão paradigma originam-se contextos absolutamente distintos, a saber:

Quanto ao acórdão paradigma cabe ressaltar que a preliminar de nulidade foi rechaçada justamente porque a autuada demonstrou pleno conhecimento da matéria e em sua defesa e, ainda, que não haveria cerceamento do direito de defesa por não se vislumbrar qualquer prejuízo aparente.

Por outro lado, no presente caso, o contribuinte alega desde a impugnação (fls. 623): *"que a fiscalização não provou a existência dos requisitos de continuidade dos serviços e subordinação dos trabalhadores às ordens de comando da contratante, o que descaracteriza a cessão de mão-de-obra."*

Por outro lado, a decisão de primeira instância (fls. 752), que foi mantida pelo acórdão recorrido, concluiu que a autoridade fiscal não se desincubiu de comprovar a ocorrência da cessão de mão de obra e que a simples enunciação da legislação aplicável, sem a apresentação de fatos e documentos que caracterizem a cessão de mão de obra caracteriza cerceamento do direito de defesa, em virtude do prejuízo em sua defesa:

"CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIARIAS. RETENÇÃO DE 11%. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. FALTA DE COMPROVAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE.

Nulidade. Levantamento fiscal fundado na cobrança I de valores correspondentes ao percentual de 11% (art. 31 da Lei 8.212/1991), incidente sobre pagamentos de serviços executados com cessão de mão-de-obra, sem a comprovação dos correspondentes requisitos legais caracterizadores dessa modalidade de prestação de serviços.

Cerceamento de defesa. A simples enunciação da legislação aplicável, sem apresentação de documentos e fatos que caracterizem a forma de prestação de serviços, impede o contribuinte de discutir, caso a caso, a efetiva ocorrência das circunstâncias determinantes da cessão de mão-de-obra.

Lançamento Nulo."

Portanto, entendo não configurada a primeira divergência, seja porque o acórdão recorrido não tratou da questão da existência de prejuízo para a declaração de nulidade, seja porque o acórdão recorrido e o acórdão paradigma originam-se contextos

absolutamente distintos, uma vez que no acórdão paradigma a nulidade foi rechaçada justamente porque a autuada demonstrou pleno conhecimento da matéria e no acórdão recorrido o contribuinte alega e a decisão constata que autoridade fiscal não se desincubiu de comprovar a ocorrência da cessão de mão de obra e que a simples enunciação da legislação aplicável, sem a apresentação de fatos e documentos que caracterizem a cessão de mão de obra caracteriza cerceamento do direito de defesa, em virtude do prejuízo em sua defesa.

Quanto a segunda divergência, consubstanciada no acórdão nº CSRF/02-02.301, apontado como paradigma, trata de questão em que se afasta a nulidade que decorra de erro na capitulação legal. Ademais, naquele caso o recurso especial da Fazenda foi provido porque *“a Fiscalização foi pródiga ao descrever, minudentemente, as infrações imputadas ao atuado”*.

Ocorre que, o acórdão recorrido não faz menção a questão de haver nulidade decorrente de erro na capitulação legal. Trata sim é de ausência de caracterização da cessão de mão de obra, o que caracteriza vício na descrição do fato gerador.

Portanto, não vislumbro também a segunda divergência.

Destarte, quanto à alegação do recorrido de que não haveria divergência entre os paradigmas colacionados pela Fazenda Nacional e a decisão recorrida, entendo que tem razão o contribuinte, posto que paradigmas que não apresentam similitude fática com o acórdão recorrido não se prestam à demonstração da divergência.

Ante o exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso especial da Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire