



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

Processo n° 14485.000507/2007-57
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-003.033 – 2ª Turma
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ORGANIZAÇÃO DE SAÚDE COM EXCELÊNCIA E CIDADANIA - OSEC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/2006

RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO INTRÍNSECO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

Para conhecimento do Recurso Especial interposto sob o fundamento de existência de divergência jurisprudencial, deverá o interessado demonstrar fazer constar do recurso interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

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)

Manoel Coelho Arruda Júnior – Relator

EDITADO EM: 14/04/2014

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

Relatório

Trata-se da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD n. 37.111.7127 na qual a DRJ de São Paulo declarou parcialmente procedente o crédito tributário lançado pela entidade fiscalizadora (fls 927/966). O crédito em apreço está inserido no período de 02/1999 a 02/2006 e se deu pela falta de retenção pela notificada do valor correspondente a 11% do valor das notas fiscais/faturas de serviços que lhes foram prestados mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do Relatório da Auditoria (fls. 288/291).

Inconformada com o lançamento o contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 970/987) contra a decisão de primeira instância. Concomitantemente, a autoridade fiscal apresentou Recurso de ofício ao reconhecer decadência parcial do credito que restou reduzido de R\$ 13.484.549,66 para R\$10.538.155,24.

Em seu Recurso Voluntário, o contribuinte pleiteia que; a) o prazo decadencial deve ser aferido com esteio na norma do § 4. do art. 150 do CTN, posto que no caso tem-se lançamento por homologação. Nesse sentido devem ser excluídas todas as competências anteriores a 07/2002; b) nos termos do art. 24 da Lei n. 11.457/2007, todo o lançamento está decadente, uma vez que o prazo que medeia a protocolização da defesa e a ciência da decisão recorrida superou 360 dias; c) o lançamento é nulo pois falta-lhe o requisito da precisão, na medida em que o Fisco não demonstrou a existência da execução de serviços por cessão de mão-de-obra, que é requisito obrigatório para exigência da retenção previdenciária; d) a legislação afastava a obrigatoriedade da retenção para os serviços prestados por empresas de profissão regulamentada, como é o caso da Clinefro S/C LTDA, COPSMED SC LTDA e VISSA S/C LTDA, que prestam serviços de radiologia, anestesia entre outros serviços médicos, como ficou claro na diligência realizada; e) o Fisco, em sede de diligência fiscal, não conseguiu demonstrar a ocorrência de cessão de mão-de-obra nos serviços prestados, tampouco a impossibilidade de dispensa da retenção. Ao final, requer a declaração de insubsistência do lançamento ou, alternativamente, a contagem do prazo decadencial pela norma do § 4. do art. 150 do CTN.

A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, ao apreciar os pedidos do contribuinte decidiu conhecer do Recurso e acolher a preliminar de decadência até a competência no mérito, dar-lhe parcial provimento, para excluir da notificação os levantamentos em que houve apresentação dos Contratos de Prestação de Serviços, mantendo, por conseguinte, aqueles que a contribuinte não ofertou à fiscalização os respectivos Contratos, na forma da planilha de fls. 292/293, conforme depreende-se da ementa aqui transcrita:

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. RETENÇÃO DE 11%. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO.

O prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, nos termos dos dispositivos legais constantes do Código Tributário Nacional, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, havendo a ocorrência de pagamento, é entendimento deste Colegiado a aplicação do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do Códex Tributário, ressalvados entendimentos pessoais dos julgadores a propósito da importância ou não da antecipação de pagamento para efeito da aplicação do instituto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/2006
PREVIDENCIÁRIO. RETENÇÃO 11%. INEXISTÊNCIA COMPROVAÇÃO CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. NULIDADE LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

Somente na hipótese em que restar devidamente comprovada pela autoridade lançadora à prestação dos serviços mediante cessão de mão-de-obra, será devida pela empresa contratante a retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, devendo o fiscal atuante demonstrar de maneira pormenorizada/individualizada os serviços executados com o respectivo enquadramento nos casos previstos no rol constante do artigo 219, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, sob pena de nulidade do lançamento por vício material em face da ausência da perfeita descrição do fato gerador do tributo. Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Provido em Parte.”

A Fazenda Nacional inconformada com o decidido no Acórdão no 2401-01.713, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF em 16/03/2011 (fls. 1014/1024), interpôs recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, fls. 1028/1057, com fulcro no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria n.º 256, de 22/06/2009. A Fazenda Nacional insurgiu-se contra o acórdão que deu provimento parcial ao recurso para reduzir a multa pela regra do artigo 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/09 (fls. 131/132), por entender a recorrente que o aresto merece reforma, visto que o acórdão recorrido diverge do entendimento mantido pelo CARF, na medida em que o acórdão paradigma considerou ser

legítima a aplicação da multa nos termos do art. 35-A da Lei 8.212/91, em situação análoga à presente (fls. 150/156).

A Fazenda Nacional afirma que o acórdão recorrido apresenta posição divergente daquela adotada pelos paradigmas que apresenta, os Acórdãos n° 203-09.332 e 206-01.026. Seguem abaixo suas ementas:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — IMUNIDADE — NULIDADE POR VÍCIO FORMAL — A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio." (AC 203- 09.332)

"(..) AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. Na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD deve haver a expressa fundamentação legal do arbitramento procedido, além de demonstrar de maneira clara e precisa a situação que motivou o uso do procedimento, nos termos da legislação. A inobservância das formalidades legais na lavratura da NFLD acarreta vedação ao direito de defesa do contribuinte. A inobservância dessas regras é vício insanável, configurando a sua nulidade. (..) Recurso Voluntário Provido em Parte." (AC 206-01.026)

Sustenta que, segundo os paradigmas, a deficiência da fundamentação legal enseja a anulação do lançamento por vício formal, enquanto que o acórdão recorrido, por esse motivo, anulou a NFLD em epígrafe por vício material.

Instado a se manifestar, o i. Presidente da 4ª Câmara da 2ª Seção prolatou Despacho n. 2400.493/2011 [fls. 1058-1062] que deu seguimento ao Recurso Especial interposto.

Intimado a se manifestar, o Sujeito Passivo apresentou contrarrazões [fls. 1087-1094] que, em síntese, reiteram os argumentos colacionados no *decisum* recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior, Relator

A Fazenda Nacional afirma que o acórdão recorrido apresenta posição divergente daquela adotada pelos paradigmas que apresenta, os Acórdãos n° 203-09.332 e 206-01.026. Seguem abaixo suas ementas:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — IMUNIDADE — NULIDADE POR VÍCIO FORMAL — A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio." (AC 203- 09.332)

"(..) AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VICIO FORMAL INSANÁVEL. Na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD deve haver a expressa fundamentação legal do arbitramento procedido, além de demonstrar de maneira clara e precisa a situação que motivou o uso do procedimento, nos termos da legislação. A inobservância das formalidades legais na lavratura da NFLD acarreta vedação ao direito de defesa do contribuinte. A inobservância dessas regras é vício insanável, configurando a sua nulidade. (..) Recurso Voluntário Provido em Parte." (AC 206-01.026)

Sustenta que, segundo os paradigmas, a deficiência da fundamentação legal enseja a anulação do lançamento por vício formal, enquanto que o acórdão recorrido, por esse motivo, anulou a NFLD em epígrafe por vício material. Em sua peça recursal, a fazenda busca reformar a decisão proferida pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara para que seja convertido o entendimento de que o fato de não ter sido demonstrado pela autoridade fiscal elementos suficientes para o lançamento, declarado pela colenda turma *a quo* como vício material, em vício de natureza formal.

Antes de proceder ao exame dos paradigmas, importa salientar que se trata de Recurso Especial de Divergência, e que esta somente se caracteriza quando, com similitude fática, verifica-se a adoção de soluções diversas. Destarte, é de fundamental importância a análise das situações constantes dos julgados recorridos e paradigma, com o escopo de aferir acerca da sua eventual identidade.

Da análise do *decisum* recorrido, percebe-se que a Turma *a quo* deu provimento ao Recurso Voluntário, pois não restou devidamente comprovada pela autoridade lançadora à prestação dos serviços mediante cessão de mão-de-obra, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/91, devendo o fiscal autuante demonstrar de maneira pormenorizada/individualizada os serviços executados com o respectivo enquadramento nos casos previstos no rol constante do artigo 219, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, sob pena de nulidade do lançamento por vício material em face da ausência da perfeita descrição do fato gerador do tributo.

Já os tidos paradigmas, tratam de matérias distinta e não possuem similitude fáticas:

Ac. n. 203-09.332

[...] Compulsando os autos, verifico que a fundamentação no artigo 32 da Lei nº 9.430/96 não diz respeito à COFINS, objeto do presente processo administrativo, ainda que a suspensão da imunidade, operada por ato administrativo, possa servir como subsidio para aplicabilidade do direito.

Ac. n. 206- 01.026

[...] AUT: Autônomos período anterior GFIP - representando valores pagos pela empresa a segurados contribuintes individuais (autônomos), apurados da análise dos Livros e documentos contábeis da empresa, conforme discriminado no relatório de fatos geradores. Os valores lançados

englobadamente, estão discriminados no demonstrativo anexo.

BEM: Bento Antônio de Borba período anterior GFIP (desconsideração da pessoa jurídica), representando pagamentos de comissões efetuadas a Bento de Borba —firma individual (CNN nº 76.540.780/0001-24). Empresa foi contratada como agente (representante)

na contratação de serviços de carga e descarga junto ao porto de Itajai/SC. Os pagamentos eram feitos na conta do titular da empresa (Bento) e de seu filho, Roberto Bento de Borba, que foi empregado da contratada no período de 10/1994 a 11/1997.

FP2: Pagamentos fora da folha de pagamento período anterior à GFIP Representando os valores pagos a segurados empregados sem a inclusão na folha de pagamento (complemento da rescisão de Lorena Bolner, Km rodado e telefone de Jose Roberto Weis, aluguel de Leilson I de oliveira).

GL: Glosa abatimento SAT, representando valor abatido indevidamente do campo 17 da Guia de Recolhimento da Previdência Social na competência 10/1998, referente ao pagamento de despesas hospitalares com acidente do trabalho do empregado Rogério Vilmar Hartman.

NAD: Nadir da Silva Passos período anterior a GFIP, representando os pagamentos de km rodado, telefone e comissões a Nadir da Silva Passos de 04/1998 a 12/1998.

Nadir da Silva Passos foi contratado pela empresa como agente na contratação de serviços de carga e descarga no Porto de Rio Grande, conforme proposta de terceirização da dita filial.

VAL: Valdemir Pellenz -arbitramento salarial período anterior GFIP.

Valdemir Balduino Pellenz foi registrado como empregado em 05/06/2002, na filial de Taboão da Serra ,porém exercia as funções de gerente na filial de Guarulhos/Embu, desde, no mínimo a partir de 1998, período em que foram localizados documentos assinados por ele (relatório de caixa, recibos de pagamentos, cheques etc).

[...]

*Entretanto, em ambos os casos há que se observar o disposto na legislação: no primeiro caso, o arbitramento somente será autorizado se verificada a ocorrência da situação descrita no citado parágrafo e, ainda, que a autoridade lançadora fundamente seu ato, informando, seja no Relatório de Fundamentos Legais do Debito ou no Relatório Fiscal da Notificação. **O** que no presente caso não ocorreu. Acrescente **os motivos que levaram à adoção de tal medida, que ensejaria o***

lançamento por arbitramento 6, também, imprescindível a indicação do dispositivo legal que autoriza o procedimento, no caso o art. 33 § 3º e/ou 6º da Lei nº 8212/91 [...]

No segundo caso, a teor do disposto no referido art. 229 não basta a autoridade lançadora afirmar, como consta do relatório, a presença de elementos formadores da relação empregatícia, é necessário demonstrar, no relatório fiscal, de forma incontestada, a existência, não um, mas todos os elementos caracterizadores da citada relação. No caso vertente, autoridade fiscal não se preocupou em demonstrar a existência dos referidos elementos.

Assim, o lançamento da maneira como foi efetuado não pode prevalecer, uma vez que não houve por parte da autoridade notificante a quem compete motivar o ato administrativo do lançamento, demonstrar com clareza a existência do fato gerador, o que permeia o ato de vício material insanável, ensejando a decretação de sua nulidade, na parte relativa aos levantamentos: BEN: BENTO Antônio de Borba e NAD: Nadir da Silva Passos.

[Grifo nosso]

Portanto, o acórdão e a divergência baseiam-se em dispositivos legais distintos, assim, não há que se falar em divergência, pois para sua existência a interpretação deve se basear no mesmo dispositivo legal. Além disso, o segundo paradigma declarou o vício como material.

Peço vênia para adotar, como razões de decidir, os fundamentos do Conselheiro Elias Sampaio Freire, manifestados em voto na CSRF, referente ao processo 11065.005916/2003-79:

Como se vê, no acórdão paradigma, a aplicação da multa isolada em concomitância com a multa de ofício prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/96 decorre da aplicação do artigo 44, § 1, inciso IV do mesmo diploma legal, aplicável, no caso, pela falta de recolhimento mensal da contribuição social sobre o lucro líquido.

Por seu turno, no acórdão recorrido, a aplicação da multa isolada decorre da ausência pagamento mensal do imposto de renda de pessoa física (carnê-leão), com fundamento no art. 44, § 1, inciso III da Lei nº 9.430/96.

Inicialmente há de se salientar que a divergência jurisprudencial ensejadora do conhecimento do recurso especial há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu in casu.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO

MORAL. FIXAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

1. A majoração do quantum indenizatório a título de dano moral é medida excepcional e sujeita a casos específicos em que for constatada condenação ao pagamento de valor irrisório, o que não ocorre nos autos. Precedentes.

2. A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram, o que não ocorre in casu. (GRIFEI)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1092014 / RSAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO2008/0200684-6, Relator Desembargador convocado do TJ/AP HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, DJe 02/09/2009)

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - Hipótese em que os agravantes tiveram constrição patrimonial decretada em face de pedido do Ministério Público em Ação Civil Pública tendente a apurar irregularidades em certames licitatórios.

II - Alegam os recorrentes que existem discrepâncias entre o acórdão recorrido, que reconheceu a possibilidade da constrição patrimonial, e decisão deste Tribunal Superior sobre matéria similar.

III - A escorreita demonstração de dissídio jurisprudencial requer não apenas o apontamento de decisões díspares prolatadas por Tribunais diversos, mas antes de tudo que se verifique que as decisões conflitantes se deram ante a interpretação do mesmo dispositivo de lei federal. (GRIFEI)

IV - Se, como no caso dos autos, Tribunais diversos divergem apenas quanto a quais fatos configurariam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não há interpretação divergente de dispositivos legais.

V - Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1120568 / PRAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO2008/0242271-7, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe 10/06/2009)

Precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

RECURSOS. ADMISSIBILIDADE. - Só se configura a divergência entre julgados quando existem interpretações diferentes do mesmo dispositivo legal aplicado a situações semelhantes. Recurso especial não conhecido (GRIFEI)

(Acórdão CSRF/02-02.128, Relator: conselheiro Antonio Carlos Atulim)

Ademais, não se verifica, no precedentes citado, a perfeita similitude fática entre as hipóteses confrontadas, posto que o acórdão recorrido trata de ausência pagamento mensal do imposto de renda de pessoa física (carnê-leão), enquanto o acórdão paradigma trata de falta de recolhimento mensal da contribuição social sobre o lucro líquido.

Portanto, acórdão que trate de exigência de multa isolada, de forma concomitante com a multa de ofício, cuja matéria fática refira-se a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, não se presta como paradigma para demonstrar divergência de acórdão que não exigiu multa isolada, de forma concomitante com a multa de ofício, cuja matéria fática está relacionada ao imposto de renda pessoa física.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente desta Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL – INEXISTÊNCIA – RECURSO NÃO CONHECIDO – É entendimento da CSRF que acórdão cujo objeto é o julgamento de matéria afeta à CSLL não serve de paradigma para caracterizar divergência em face a acórdão cuja matéria fática está relacionada ao imposto de renda pessoa física, ainda que em ambos os casos se discuta a multa isolada de que trata o art. 44, . II, da Lei nº 9.430, de 1996.

(Rec. Especial nº 102-151.750, acórdão nº 9202-00.136, Relator conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva)

Isto posto, voto por não conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Sala das Sessões, em 22 de setembro de 2009

Elias Sampaio Freire

Destarte, como está claro que a divergência e o acórdão não deram interpretação divergente a dispositivo legal idêntico, voto por não conhecer do recurso especial interposto pela nobre Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Manoel Coelho Arruda Júnior

CÓPIA