



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18050.002971/2008-20
Recurso Especial do Procurador e do Contribuinte
Resolução nº 9202-000.261 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 22 de outubro de 2020
Assunto LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO
Recorrentes FAZENDA NACIONAL E MINERAÇÃO CARAIBA S/A

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência à DIPRO/COJUL, para devolução à câmara recorrida, para complementação do exame de admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda Nacional, com posterior retorno ao relator, para prosseguimento

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, João Victor Ribeiro Aldinucci, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Marcelo Milton da Silva Risso (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Maurício Nogueira Righetti, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Ana Paula Fernandes, substituída pelo conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso.

Relatório

Tratam-se de Recursos Especiais interpostos pela Fazenda Nacional e pelo Sujeito Passivo.

Na origem, cuida-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – DEBCAD 35.607.891-4 – substitutiva - para cobrança das contribuições previdenciárias provenientes do instituto da Responsabilidade Solidária.

Consoante informou o Fisco, tratam-se de contribuições devidas incidentes sobre a remuneração dos empregados da empresa prestadora G K REF E MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA, aferidas com base nas Notas Fiscais de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, diga-se, contratação para execução de obras de construção civil, pelas quais, a contratante respondia solidariamente, conforme previsto no inciso VI do artigo 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, alterações posteriores.

Esclareceu o autuante que a NFLD aqui em discussão teria sido lavrada em substituição à NFLD nº 35.357.160-1, que foi anulada através de decisão do CRPS, em razão da existência de vício formal, qual seja, a ausência no processo, no relatório de fundamentos legais, da fundamentação legal específica para o arbitramento da base de cálculo. Tal nulidade ensejou a

Fl. 2 da Resolução n.º 9202-000.261 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 18050.002971/2008-20

necessidade de se efetuar um novo lançamento, livre do vício apontado, nos termos do disposto no art. 173, II do Código Tributário Nacional.

O Relatório Fiscal do Processo encontra às fls. 26/35.

Impugnado o lançamento às fls.128/138 (Mineração Caraíba) e às fls. 169/194 (GK Ref e Manuten de Máquinas e Equip Ltda), a DRJ em Salvador/BA julgou-o procedente em parte. (fls. 335/345).

De sua vez, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, por unanimidade, deu provimento parcial ao Recurso Voluntário de fls. 352/363 por meio do acórdão 2401-003.018 - fls. 405/428.

Inconformada, a União interpôs Recurso Especial às fls. 430/444, pugnando, ao final, pelo seu provimento, para restabelecer a decisão de primeira instância, por restar demonstrado que o Auto de Infração e demais termos do procedimento fiscal estão em perfeita conformidade com a legislação de regência, inexistindo a nulidade vislumbrada pelo acórdão recorrido e por não se tratar de matéria passível de reconhecimento de ofício. Eventualmente, caso não seja acolhido o pedido acima formulado, por concluir este Colegiado pela existência de vício no lançamento, requereu ainda, sucessivamente, que se dê provimento ao recurso, para declarar que se trata de mero vício de natureza formal.

Em 17/9/15 - às fls. 451/455 foi dado expresso seguimento ao recurso da Fazenda Nacional para que fosse rediscutida a matéria intitulada “**Ausência de Nulidade**”.

De sua vez, o Sujeito Passivo também aviou Recurso Especial às fls. 463/476, propugnando, ao final, pelo seu conhecimento e provimento em relação à parte do Acórdão que lhe foi desfavorável, a fim de que o vício que maculou a NFLD nº 35.357.160-1 fosse reconhecido como material (e não formal como indicado no acórdão recorrido), sendo, por conseguinte, reconhecida a não aplicação do art. 173, II, do CTN, como até mesmo aduzido no Acórdão recorrido ao tratar da classificação do vício, e decretada a extinção das contribuições previdenciárias ora exigidas em razão da decadência, nos termos do art. 156, V, do Código Tributário Nacional.

Intimado do recurso interposto pela União 20/6/15 (fls. 478/9, o Sujeito passivo apresentou Contrarrazões tempestivas em 4/7/16 (fls. 543), às fls. 543/558, propugnando pelo não seguimento do recurso ou, alternativamente, pelo seu improvimento, mantendo-se incólume o Acórdão recorrido, considerando que cabe à Fiscalização, para atribuir responsabilidade solidária à Recorrida, a comprovação/demonstração pormenorizada de que a prestação de serviços se deu mediante cessão de mão-de-obra, bem como que seja confirmado que a ausência de comprovação da cessão de mão-de-obra caracterizaria vício material, como bem decidido pelo Acórdão recorrido, e não de vício formal como pretende a Fazenda Nacional.

Em 29/5/17 - às fls. 605/609 foi dado seguimento ao recurso do contribuinte, para que fosse rediscutida a matéria “**Natureza do Vício**”.

Intimada do recurso interposto pelo autuado em 14/8/17 (processo movimentado em 14/7/17 – fls. 610), a Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões tempestivas em 19/7/17 (fls. 621), às fls. 611/620, propugnando pela negativa de provimento ao recurso, a fim de se ver mantida a decisão recorrida.

É o relatório.

Voto.

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti - Relator

Fl. 3 da Resolução n.º 9202-000.261 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 18050.002971/2008-20

A Fazenda Nacional tomou ciência do acórdão recorrido em 15/9/13 (processo movimentado em 15/8/13 (fls. 429) e apresentou seu recurso tempestivamente em 26/8/13, consoante se denota de fls. 445. Passo, a diante, à análise dos demais requisitos para o seu conhecimento.

Já o Sujeito Passivo tomou ciência do acórdão recorrido em 20/6/16 (fls. 461) e apresentou seu recurso também tempestivamente em 4/7/16, consoante se denota de fls. 463. Passo, assim sendo, à análise dos demais requisitos para o seu conhecimento.

Como já relatado, os recursos tiveram seu seguimento admitido para que fossem rediscutidas as matérias “**Ausência de Nulidade**”, por parte da Fazenda Nacional, e “**Natureza do vício**”, pela do contribuinte.

O acórdão vergastado foi assim ementado, naquilo que foi devolvido à apreciação deste Colegiado:

NORMAS PROCESSUAIS. AUSÊNCIA INDICAÇÃO FUNDAMENTO LEGAL ARBITRAMENTO. NULIDADE VÍCIO FORMAL.

De conformidade com a legislação que regulamenta a matéria, corroborada pela jurisprudência firmada neste Colegiado, a simples ausência da indicação do fundamento legal do arbitramento levado a efeito na apuração do crédito tributário, notadamente nos anexos “Fundamentos Legais do Débito FLD” e Relatório Fiscal da Notificação, enseja a nulidade do lançamento por vício formal, por se caracterizar como mácula nos elementos extrínsecos do ato administrativo, ocorridos por ocasião de sua formalização.

A decisão foi no seguinte sentido:

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, rejeitar a declaração de decadência. Vencidos os conselheiros Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (relator) e Igor Araújo Soares, que declaravam a decadência do lançamento. Por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Kleber Ferreira de Araújo e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente à decadência, a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Declarou-se impedida a conselheira Carolina Wanderley Landim.

Do conhecimento. Recurso da União.

Sustentou a União que haveria divergência jurisprudencial no tocante ao decreto de nulidade do lançamento, na medida em que a turma *a quo* teria assim entendido pelo fato de o Fisco, na peça informativa, não ter demonstrado que efetivamente a hipótese encontrada seria aquela descrita na norma previdenciária.

Se insurgiu, ainda no preâmbulo do recurso, quanto ao ônus da prova na caracterização da cessão de mão de obra, bem como quanto ao reconhecimento de ofício de matéria não impugnada.

De fato, compulsando o inteiro teor dos votos – vencido e vencedor – do acórdão, pode-se notar:

1 - Que o relator, em que pese admitir a existência do decreto de nulidade formal no dispositivo, enfrentou o vício identificado como “deixa de indicar o fundamento legal do arbitramento levado a efeito na apuração do crédito tributário ¹ ”, chegando-se à mesma
--

¹ Diante de tais considerações, voltemos à hipótese dos autos, onde o fiscal atuante lavrou a notificação inaugural sem conquanto indicar o fundamento legal do arbitramento levado a efeito na apuração do crédito tributário. Nesses termos, não se cogita em vício material, mas, sim, em nulidade do lançamento por vício formal, se vinculando aos requisitos extrínsecos do ato administrativo.

conclusão, é dizer, **que teria havido vício de natureza formal no lançamento primitivo**. E nisso foi acompanhado pelo colegiado !

2 - Que o voto vencedor assentou a tese de que a decadência operada em favor do prestador não aproveitava ao tomador dos serviços; e

3 – No mérito, que o relator entendeu pela **improcedência do lançamento** pelo fato de o autuante não ter procedido à subsunção do fato à norma, esclarecendo quais serviços foram prestados e em quais condições e características, de maneira a comprovar que, efetivamente, ocorreram mediante cessão de mão de obra. E nisso também foi acompanhado pelo colegiado !

Com isso, em uma primeira abordagem, poder-se-ia evidenciar o interesse da Fazenda Nacional em rediscutir as matérias dos itens 1 e 3 acima.

No que toca ao tema do item 1 acima, apontou os paradigmas 204-01794 e 204-01947.

No paradigmático de nº 204-01794, o colegiado entendeu que a falta de descrição dos fatos de forma clara não deveria ensejar a declaração de nulidade do lançamento caso não tenha havido prejuízo à defesa, configurada pela correta compreensão da acusação fiscal; naquele de nº 204.01947, a turma assentou que, no mesmo sentido, *“a alegação de ausência falta de descrição dos fatos de forma clara não deve ensejar a declaração de nulidade do lançamento caso não tenha havido prejuízo à defesa, configurada pela correta compreensão da acusação fiscal”*.

Note-se que num caso e no outro, o entendimento vazado, no sentido de que não teria havido prejuízo à defesa do autuado, foi lastreado pela percepção que tiveram as turmas de que os recorrentes detinham a “correta compreensão da acusação fiscal”.

Por sua vez, a turma recorrida não levou tal circunstância em consideração, reafirmando a nulidade do lançamento primitivo por vício formal, tal como procedeu aquela decisão do CRPS. Em outras palavras, não se deu relevância a eventual extensão do recurso, que poderia caracterizar a “correta compreensão da acusação fiscal”, já que a existência/inexistência de prejuízo não se mostrou decisiva – assim deparei - para se declarar a nulidade do lançamento.

Nesse rumo, é de se concluir pela divergência jurisprudencial **quando analisados os julgados envolvidos**.

Todavia, penso falecer interesse recursal à União especificamente quanto a este ponto. Explico:

A discussão travada, seja no que pertine a ausência de nulidade, seja quanto à natureza do vício que a ensejara, tem como referência o lançamento efetuado por meio da NFLD nº 35.357.160-1, já anulado por decisão do CRPS.

O que se espera é que o reflexo dessa discussão tenha relevância com a constituição do crédito substituto (o destes autos), em especial com o marco inicial para a contagem da decadência, prejudicial do mérito. Se o artigo 173, I ou 173, II do CTN.

Registre-se que o acórdão recorrido **não anulou** o lançamento destes autos.

O intuito da Fazenda é ver declarada a inexistência do vício que ensejou a anulação daquele lançamento substituído, dada a ausência de prejuízo à defesa do autuado,

Fl. 5 da Resolução n.º 9202-000.261 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 18050.002971/2008-20

conforme sustenta. Insistindo nesse resultado, significaria dizer que estaria pleiteando a manutenção/higidez daquele lançamento original e não a do aqui em discussão.

Com efeito, no que toca à matéria “**Ausência de nulidade do lançamento fiscal por vício formal**”, encaminho por não conhecer do recurso da União.

Na sequência, quanto ao tema do item 3 da enumeração acima, impõe-se destacar que não obstante a Fazenda Nacional ter feito menção em seu recurso acerca de eventual divergência jurisprudencial no tocante à matéria ônus da prova na caracterização da cessão de mão de obra, consoante se extrai do fragmento abaixo, o despacho prévio de admissibilidade de fls. 451/5 não a abordou sob a ótica dos paradigmas apontados, vale dizer, não foi específico quanto ao seu seguimento, ou não.

Ademais, quanto ao ônus da prova na caracterização da cessão de mão de obra, bem como reconhecimento de ofício de matéria não impugnada, adotou entendimento divergente da antiga **Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes** (acórdãos 206-00952 e 206-00998). (sublinhei)

Forte no exposto, VOTO no sentido de CONVERTER o julgamento do recurso em diligência à DIPRO/COJUL, para devolução à câmara recorrida, para complementação do exame de admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda Nacional, com posterior retorno ao relator para prosseguimento.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti