



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 35387.000830/2002-02
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-01.005 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente COMPANHIA SIDERURGICA PAULISTA - COSIPA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2000

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NFLD. RETENÇÃO DE ONZE POR CENTO DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA. OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES NÃO DEMONSTRADA.

1. As empresas são obrigadas por força de lei a reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura, na contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra e / ou empreitada, e recolher a importância retida em nome da empresa prestadora de serviços, inteligência do artigo 31 da Lei nº 8.212/91.
2. Os motivos declinados no ato de instauração (ou na notificação enviada ao particular) limitam e vinculam a atividade processual da Administração, conferindo uma específica “tipicidade” ao processo administrativo. Proíbem-se a surpresa e as inovações inéditas ao início do processo.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(Assinado digitalmente)
Helton Carlos Praia de Lima – Presidente

Processo nº 35387.000830/2002-02
Acórdão n.º **2803-01.005**

S2-TE03
Fl. 432

(Assinado digitalmente)
Amílcar Barca Teixeira Júnior – Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Amílcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato Wilson Antonio de Souza Correa.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD lavrada em desfavor do contribuinte acima indicado. De acordo com o Relatório Fiscal o lançamento diz respeito à retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, abrangendo as competências de 02/99 a 12/00, com cobertura contábil até 09/01.

O Contribuinte, devidamente notificado em 03 de outubro de 2002, apresentou defesa tempestiva em 18 de outubro de 2002.

A impugnação foi julgada em 15 de junho de 2005, emendada nos seguintes termos:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL.

Constituem obrigações da empresa contratante de serviços de transporte, prestados mediante cessão de mão-de-obra, reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo e recolher à Seguridade Social, a importância devida em nome e CNPJ da empresa prestadora de serviços. Art. 31, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

Inconformado com resultado do julgamento da primeira instância administrativa, o Contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega, em síntese, o seguinte:

- Tal lançamento é indevido e inconsistente por, ilegalmente incidir sobre verbas inexistentes, já que o prestador do serviço (TRANSPORTES UIP LTDA) na prestação de serviço de carga, efetuou os recolhimentos nos fatos geradores relativamente ao período em questão, conforme já demonstrado nos autos, não ensejando qualquer indício de evasão fiscal.

- O lançamento deve ser específico, sob pena de inviabilizar-se a defesa da empresa autuada. Cumpre à administração traçar com precisão os limites do fato gerador da obrigação previdenciária.

- A digna Fiscalização, no presente lançamento, afirma que a Recorrente contratou a empresa UIP, sendo devido a retenção de 11% sobre as notas fiscais, uma vez que trata-se de cessão de mão de obra; entretanto, no presente lançamento, não aponta os nomes desta mão de obra, ou sequer junta qualquer documento que comprove que a empresa contratada possui à disposição mão de obra em suas dependências ou na de terceiros.

- No caso em estudo, não há indicação de utilização de cessão de mão obra, demonstrando a falta de especificidade do lançamento. Essa circunstância possibilita a

ocorrência de graves equívocos, conforme será demonstrado. Além do mais, representa flagrante cerceamento de defesa.

- A empresa não tem do que se defender. Ao INSS cabe o ônus de provar a existência da cessão de mão de obra. Cumpre-lhe fazer prova positiva. Caso apresente indícios convincentes, então caberia à empresa apresentar argumentos e provas que se contraponham àqueles apresentados pela Fiscalização. No caso em tela, o referido mecanismo está impedido de se operacionalizar, o que gera flagrante prejuízo ao contraditório e ao direito de defesa da Recorrente.

- Mesmo considerando que o serviço de operação de transporte de cargas foi executado mediante cessão de mão de obra, o que se admite somente a título de argumentação, a retenção não deveria ocorrer, uma vez que, repita-se, a contratada não se obrigou e nem manteve equipe à disposição da empresa contratante.

- Ilustres Julgadores, tanto estava equivocado o enquadramento dos serviços de transporte de carga, como seção de mão de obra, que em 10.06.2003, através do Dec. 4.729/03 o legislador excluiu essa característica de serviço do rol das atividades consideradas como seção de mão de obra, sujeitas a retenção.

- O presente lançamento fiscal é totalmente arbitrário, ilegal e injusto, eis que não ocorreu qualquer evasão fiscal, além de acarretar o ("bis in idem"), já que está sendo cobrado duas vezes o mesmo crédito, conforme comprovado pelos documentos em anexo e pelos já anexados aos autos, proporcionando o enriquecimento ilícito deste Instituto, procedimento este totalmente repudiado por nosso ordenamento jurídico.

- A multa não é devida, uma vez que a mesma é considerada penalidade. E qual foi a penalidade cometida pela Recorrente?

- Diante de todo o exposto, requer a Recorrente o processamento do presente recurso em seu EFEITO SUSPENSIVO, para ao final ser considerado procedente reformando a decisão aqui atacada para tomar nula a notificação lavrada, como medida de justiça!!!

Não apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Amílcar Barca Teixeira Júnior, Relator

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Inicialmente, há que se destacar que o fato que motivou o lançamento, ou seja, a não retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, nos termos do art. 31 Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998, foi objeto de apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática pelo art. 543-B, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, onde foi reconhecida a Repercussão Geral – processo RE 603191.

Em virtude das informações acima, até o dia 12/08/2011, os membros do CARF aplicaram, para situações semelhantes, as regras previstas no novel art. 62-A, do Regimento Interno.

Contudo, por intermédio da ATA nº 19, de 01/08/2011. DJE nº 155, divulgado em 12/08/2001, o Plenário do STF proferiu a seguinte decisão:

O Tribunal, por maioria, e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, o Ministro Cezar Peluso. Ausente o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falou pela União a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional. Plenário, 01.08.2011.

De agora em diante, porém, não existe mais razão para manter o sobrestamento dos autos, tendo em vista que o não provimento do Recurso Extraordinário que se constituía no *Leading Case* sobre a matéria, permite o prosseguimento do julgamento na órbita do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Observa-se, no entanto, que depois da apresentação da impugnação (com documentos), os autos foram baixados em diligência interna para que as AFPS emitentes do lançamento verificassem se as alegações de defesa / documentos são pertinentes ao débito apurado (fls. 317).

Do comando referido no parágrafo anterior foi gerado o documento de fls. 318 a 321, onde consta no item de número 20, o seguinte:

Por todo o exposto, acrescido da fundamentação do Relatório Fiscal de fls. 18 a 24 e seus anexos, somos pela manutenção do debito lavrado na sua integralidade.

Depois da manifestação das AFPS proferiu-se a Decisão-Notificação nº 21.433.4/0070/2005.

Na sequência dos acontecimentos, mais precisamente às fls. 334 destes autos, juntou-se aditivo à DN referida no parágrafo anterior. No aditamento, merecem destaques os seguintes pontos:

1. Este aditivo à Decisão-Notificação nº 21.433.4/0070/05 tem por finalidade ALTERAR o item 8.1 e acrescentar os itens 8.1.1 e 8.1.2 da DECISÃO, bem como acrescentar a alínea “d” ao item 11 da CONCLUSÃO, conforme abaixo discriminados:

8.1. Foi constatada na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, a ausência da descrição da fundamentação legal, nos anexos de Fundamentos Legais do Débito – FLD, referente a aferição feita pelas auditoras, no período de 02 a 04, 06, 08/1999, com base no contrato nº 11.485 – IPO, 420.831 “A” e aditamento 4600000184 – SAP, consoante o disposto no § 3º do artigo 33 da Lei 8.212/91.

8.1.1. Verificou-se também, relativamente, às competências acima mencionadas, a ocorrência de vício formal, uma vez que, as auditoras fiscais, não demonstraram a ocorrência do fato gerador, bem como não identificaram nesse período, notas fiscais ou faturas de prestação de serviços. Foram constatados também, lançamentos de valores incorretos apurados pelas auditoras nas competências 05, 07 e 09/1999. Consequentemente as competências, 02 a 09/1999 foram objeto de retificação feita para exclusão das competências, por meio do Discriminativo Analítico do Débito Retificado – DADR em 15.06.2005.

8.1.2. As demais competências deste levantamento foram mantidas, já que o débito apurado encontra guarida no artigo 31 da Lei 8.212/91 e as auditoras fiscais identificaram as notas fiscais de prestação de serviço.

11. ...

d) Determino a lavratura de lançamento substitutivo do período de 02 a 09/1999, se constatado a efetiva demonstração do fato gerador, devido a ocorrência de prestação de serviço mediante cessão de mão de obra.

Dos pontos constantes na DN (aditiva) acima destacados, nota-se à sociedade a inobservância, pelas AFPS, da regra prevista no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo

tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ora, da leitura do artigo 142 do CTN é perfeitamente perceptível que as AFPS incumbidas do lançamento não observaram a regra legal que deveriam observar, situação que maculou o lançamento *ab initio*. Em virtude da falha na origem, não resta dúvida sobre a impertinência da DN aditiva, porquanto tratar-se de situação incapaz de salvar o lançamento.

Aliás, em situações como essa, é imprescindível observar o alerta de IRENE PATRÍCIA NOHARA & THIAGO MARRARA (*Processo administrativo – Lei n. 9.784/1999 comentada*, 2009:265):

A prova é impertinente quando não tem qualquer relação com a matéria do processo administrativo. Em vista da ausência de correlação lógica entre a prova impertinente e a matéria processual, a produção ou a juntada aos autos desse tipo de prova não gera utilidade nenhuma, servindo apenas para tumultuar ou tornar mais lento o processo. Não por outra razão, deve ser a prova impertinente considerada inadmissível.

O alerta não é incongruente.

Como leciona EGON BOCKMANN MOREIRA (*Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/1999*, 2003:292-293):

92.3 Especialmente no que diz respeito à aplicação de sanções, acreditamos ser essencial à validade do processo a definição clara, contemporânea à sua instalação, do fim visado pela Administração (ou particular que o requer). (...)

Os motivos declinados no ato de instauração (ou na notificação enviada ao particular) limitam e vinculam a atividade processual da Administração, conferindo uma específica “tipicidade” ao processo administrativo. Proíbem-se a surpresa e as inovações inéditas ao início do processo.

A condição de validade (de uma diligência) – ainda com espreque na própria Lei do Processo Administrativo, mesmo que subsidiária para a situação ora guerreada – diz com a **impossibilidade de produção de provas protelatórias e desnecessárias**, tema

abordado por MARCOS PORTA (*Processo administrativo e o devido processo legal*, 2003:128) com suficiente clareza e propriedade:

A fase de instrução do processo administrativo complexo deve obedecer aos princípios da celeridade, economia, utilidade dos trâmites, e eficiência. Essa exigência demonstra que o processo administrativo existe para servir ao direito material; portanto, ele é meio e não fim jurídico. Ora, para que esse objetivo seja alcançado adequadamente, será de pouca utilidade, eficiência, economia e celeridade aceitar a produção de provas desnecessárias ou protelatórias. Muita vez o processo já está maduro para o julgamento, isto é, já foram apresentados todos os elementos essenciais informadores para a convicção do administrador competente. Em consequência, torna-se desnecessária ou torna-se protelatória a produção de outras provas, pois elas nada acrescentarão de relevante além do que já consta dos autos. Se o administrador competente assim proceder, não atentarà à economia, o processo se arrastará no tempo, ficando pendente de decisão final, e, ainda, deixará de ser útil para os fins pelos quais foi instaurado. Sua atuação também se configurará como ineficiente.

Não vislumbro, *in casu*, a possibilidade de manutenção do lançamento, tendo em vista a ocorrência de vícios materiais insanáveis, situação que impediu que o contribuinte exercesse plenamente os princípios do contraditório e da ampla defesa de que trata o inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(Assinado digitalmente)
Amílcar Barca Teixeira Júnior – Relator.