



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

Processo nº 36266.007318/2006-41
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-006.832 – 2ª Turma
Sessão de 22 de maio de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FUNDAÇÃO ARMANDO ALVARES PENTEADO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2006

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS. SIMILITUDE FÁTICA.

Em face da ausência de similitude fática, o acórdão recorrido não trata da discussão levantada como objeto da divergência a ser reapreciada, de modo que não se vislumbra interpretação divergente da lei tributária, razão pela qual não deve ser conhecido o recurso interposto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior, que conheceu do recurso

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o Acórdão n.º 2301-004.012 proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, em 16 de abril de 2014, no qual restou consignada a seguinte ementa, fls. 9.256:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/01/1996, 31/03/2006

NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL DO PRAZO DE CUMPRIMENTO DO MPF E DA DATA DO ENCERRAMENTO DA FISCALIZAÇÃO

A ciência do lançamento após ter expirado o prazo do MPF não invalida o ato, eis que a intimação não se confunde com ele, sendo somente um requisito da eficácia desse.

INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO CLARA E PRECISA NO RELATÓRIO FISCAL

Diz a Recorrente que a Fiscalização ao proceder à lavratura da NFLD não observou os ditames do princípio da legalidade, pois não informou o período de fiscalização, acostando, apenas, os discriminativos sintético e analítico do débito, de onde se supõe o período auditado. Não ocorrência. Eis que vê-se na folha de rosto estão relacionados os anexos, parte integrante da notificação, os quais discriminam os fatos geradores, as contribuições devidas, os períodos a que se referem e todos os dispositivos legais que embasam o presente lançamento, por rubrica e por período, de acordo com os atos normativos que disciplinam o assunto.

Autuação com todas as observâncias do princípio da legalidade não merece nulidade.

DECADÊNCIA. Ocorrência. Parte do débito decaído. Aplicação da Súmula CARF 99 Aplica-se, para efeito da contagem de prazo decadencial o artigo 150, § 4º do CTN, em caso de antecipação do recolhimento, ainda que em parcial, como no caso em tela. Membros do Colegiado sujeitos à inteligência do Artigo 72 do RICARF.

DA COBRANÇA DE SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA POR MEIO DE NFLD.

Alega a Recorrente que é impossível cobrar multa aplicada em punição ao descumprimento de obrigação acessória, por meio de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

Sem razão, porque a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito é o título pelo qual o FISCO exige do contribuinte os seus créditos e outros quejandos, onde se lê, entre eles as penalidades, que não foram pagas dentro da legalidade.

DA EFETIVA RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO

Ponto nodal da presente testilha, eis que determina se há procedência ou não o procedimento adotado para fulcrar o lançamento.

Lançamento onde não há a efetiva e imperiosa demonstração da ocorrência da cessão de mão de obra, não cumpre a sua exigência legal para sua validade, devendo ser anulada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Conforme consta do Relatório Fiscal, fls. 88 a 89, os fatos geradores das contribuições exigidas no presente lançamento são:

4. Fatos Geradores:

A)PSE Engenharia Ltda— CNPJ 03.561.752/0001-10; 10,110 PROAR Ar Condicionado Ltda — CNPJ 01.295.900/000176; MULTIAR Ar Condicionado Ltda— CNPJ 00.292.509/0001-55; Não foram destacados, pelas Empresas prestadoras de serviços, os valores das retenções de 11%. Não foram, tampouco, apresentados os recolhimentos de tais valores à Seguridade Social, mediante GPS/GRPS em nome das empresas prestadoras, como é de responsabilidade da empresa tomadora de serviços, quando da contratação na empreitada parcial. Também não foram apresentados documentos que pudessem comprovar que os serviços tenham sido realizados em empreitada global bem como os documentos que pudessem elidir responsabilidade solidária do presente Tomador de serviços.

B) Construtora Cláudio Helu Ltda— CNPJ 55.817.480/0001-70:

Foram destacadas, pela referida prestadora de serviços, os valores das retenções de contribuições previdenciárias, conforme previsto na legislação, porém os valores destas não correspondem aos 11 % previstos.

A Empresa não apresentou documentos que pudessem justificar a base de cálculo nas Notas apresentadas.

Dentro do prazo regulamentar, a Fundação apresentou a **impugnação** de fls. 139 a 182.

Elaborou-se Relatório Fiscal Complementar, fls. 7.418 a 7.432.

Foi apresentada, em seguida, impugnação complementar, fls. 7.458 a 7.489.

Com a análise da impugnação apresentada, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II **julgou procedente em parte o lançamento fiscal** com as seguintes exclusões, fls. 7.536 a 7.566:

Levantamento CLA - Excluir a rubrica de adicional de aposentadoria de 03/2003 a 03/2006.

Levantamento PSE - Excluir as competências 03, 04 e 10/2000 pela decadência e reduzir as bases de cálculo em 50% conforme planilha de fls.5302/5303 que integra o Relatório Completar enviado ao contribuinte.

Levantamento MUL - Excluir a base de cálculo de 07/2004 e reduzir a base de cálculo da competência 12/2004 conforme planilha de fls. 5304 que integra o Relatório Completar enviado ao contribuinte.

Contudo, em decorrência da **análise do Recurso Voluntário** interposto pelo Contribuinte, foi dado provimento ao recurso, nos termos abaixo transcritos:

Diante do acima exposto, como o presente recurso voluntário atende os pressupostos de admissibilidade, dele conheço, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, por ausência da demonstração da ocorrência da cessão de mão de obra, anulando o lançamento, no que refere os motivos constantes do item "A" do relatório fiscal, bem como dar provimento ao recurso, no que trata a motivação constantes do item "B" do relatório fiscal, e ainda, quanto a decadência, concluo que decadente está o período anterior a julho de 2001, eis que houve pagamento antecipado, ainda que parcial, do valor considerado como devido pela Recorrente, impondo assim a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN, compelido pela Súmula CARF 99.

Posteriormente, foi interposto **Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional**, fls. 9.267 a 9.275, por entender a recorrente que o aresto merece reforma, visto que o entendimento do **acórdão paradigma** é no sentido de que a recusa do contribuinte em ofertar ao Fisco os contratos faz presumir que houve cessão de mão-de-obra, uma vez que a omissão do contribuinte não pode lhe favorecer, e, ao contrário, o **acórdão recorrido** entendeu impossível o lançamento do principal em razão da não apresentação dos contratos, o que dificultaria a verificação da efetiva ocorrência de cessão de mão-de-obra.

Foi realizado exame de admissibilidade, fls. 9.278 a 9.282, sendo dado seguimento ao citado Recurso para a rediscussão da questão suscitada.

No que se refere ao mérito, a Recorrente aduz, em síntese, que:

a) o regime de substituição tributária foi instituído com o fim de facilitar a fiscalização e arrecadação dos tributos devidos, uma vez que, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/1991, restou concentrada nos tomadores de serviços, a tributação que deveria ser ofertada por todos os prestadores de serviços;

b) é regra basilar do ordenamento jurídico que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza;

c) o contribuinte se negou por diversas vezes a apresentar os contratos por meio dos quais, segundo alega, se comprovaria que as atividades contratadas não se enquadram como cessão de mão de obra;

d) havendo recusa reiterada por parte do contribuinte de fazer a prova que lhe beneficiaria, e havendo notas fiscais que apontam para a cessão de mão de obra, se deve concluir pela correção da autuação.

Embora realizada a devida intimação, não foram apresentadas contrarrazões pela Recorrida.

Em 06 de julho de 2017, a Contribuinte apresentou petição com o fito de obter a suspensão do trâmite do presente processo administrativo fiscal, tendo em vista o Ofício nº 594/R, acerca do RE nº 566.622, encaminhado ao Presidente do CARF pelo Ministro Marco Aurério, que determinou o sobrestamento dos processos que tratam do art. 55 da Lei 8.212/90.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora

1. Do conhecimento

Embora a matéria não tenha sido suscitada, entendo necessária a apreciação pelo Colegiado da preliminar de conhecimento, tendo em vista que o Despacho de Admissibilidade teve como premissa a seguinte divergência jurisprudencial:

De fato, enquanto a decisão a quo entendeu impossível o lançamento do principal em razão da não apresentação dos contratos, o que dificultaria a verificação da efetiva ocorrência de cessão de mão de obra, o acórdão paradigma 206-00.998 concluiu que a recusa do contribuinte em ofertar ao Fisco os contratos, faz presumir que houve cessão de mão de obra, uma vez que a omissão do contribuinte não pode lhe favorecer.

Também em sentido diametralmente oposto ao acórdão recorrido o acórdão nº 2402-003.731 firmou o entendimento de que tendo a fiscalização levantado indícios de que houve cessão de mão de obra, cabe ao contribuinte descaracterizar a cessão através de provas.

Com a leitura do Acórdão recorrido, observa-se que **a nulidade considerada teve como fundamento a ausência de descrição suficiente do relatório fiscal, de modo que sequer restou consignado do relato da fiscalização a ausência de apresentação de documentos (contratos)**, conforme se extrai do trecho abaixo transcrito:

Desta forma, das decisões acima juntadas, comparando-as com a legislação, vislumbro que há a imperiosa necessidade de a fiscalização demonstrar que os serviços foram efetuados por cessão de mão de obra.

No caso em tela, não verifiquei esta postura do Fiscal, o que deságua no provimento do recurso, diante dos fatos relacionados ao item A.

Urge trazer à baila que do Relatório Fiscal não se observa qualquer menção a não apresentação de documentos, assim como não foi juntada na acusação nenhum contrato, nem nota fiscal.

Quanto ao item B, temos uma questão intrigante que merece uma análise com maior profundidade, haja vista que a Fiscalização afirma que houve retenções, mas que essas foram realizadas à menor do valor devido, demonstrando cálculo e afirmando que anexou cópia de nota fiscal para exemplo.

De fato há os mencionados cálculos. Todavia, sem os devidos e imperiosos motivos dessas definições.

A Fiscalização não esclareceu as razões de essas retenções serem a menor, nem o porquê foi utilizado o cálculo, nem o porquê foram feitas compensações, e, de maior importância é a ausência de nota fiscal que deveria ser anexada na acusação.

Assim, concluo que a acusação não exerceu o seu mister imperioso e insuperável, sendo que obrigatório a demonstração da subsunção da norma ao fato.

Do que se tem nos autos, não há cristalina percepção do que de fato ocorreu.

Quiça, pode-se presumir, por interpretação de cada um, mas quem tem que oferecer a certeza do trabalho, segundo as palavras frias da lei, é a fiscalização.

Neste diapasão, voto pelo provimento do recurso quanto ao item B, pela ausência de demonstração da validade da exigência.

Assim, no meu entender, não foi razão de decidir do acórdão *a quo* a "impossibilidade do lançamento diante da não apresentação dos contratos", como colocado no Despacho de admissibilidade. Em momento algum, o acórdão vergastado assevera tal impossibilidade de lançamento, considerando a não apresentação de contratos, inclusive porque o relatório fiscal sequer menciona se foram ou não apresentados os contratos e notas fiscais pela Contribuinte, como salienta o Relator da referida decisão.

Desse modo, pelo que se extrai dos autos, **a motivação da nulidade do lançamento é a ausência de demonstração pela fiscalização de subsunção dos fatos à norma, pois não restou caracterizada a existência da cessão de mão-de-obra.**

Na decisão recorrida, **inexiste discussão sobre o ônus da prova, no que se refere à apresentação dos contratos de cessão de mão-de-obra e sobre a possibilidade ou não da realização de lançamento sem a apresentação dos referidos contratos.**

Além disso, **a conclusão sobre a impossibilidade de lançamento em razão da não apresentação dos contratos sequer poderia ser considerada pelo Relator, pois a própria Contribuinte apresentou os documentos (contratos e notas fiscais), em sua impugnação, e, posteriormente, foi realizado Relatório complementar e, por conseguinte, apresentada impugnação complementar.**

Mais, especificamente, sobre o segundo Acórdão paradigma, entendo que também não é apto a demonstrar divergência, pois, a situação fática descrita no paradigma é distinta da situação dos presentes autos, tendo em vista que, naqueles autos, o sujeito passivo

não colaborou com a fiscalização e, por essa razão, inverteu-se o ônus da prova, consoante se observa do trecho abaixo extraído do relatório do Acórdão n.º 2402-003.731:

Às fls. 119/122, foi juntada resposta da auditora fiscal responsável, segundo a qual o serviço prestado era o de montagem e instalação industrial (art. 146, XV, IN 03/2005).

Esclareceu também que diante da ausência de documentos, a experiência profissional da autoridade fiscal foi fator decisivo, eis que o sujeito passivo não colaborou com a fiscalização.

De acordo com a autoridade, não restou alternativa senão inverter o ônus da prova, “uma vez que a empresa deixou de apresentar os contratos e parte das notas fiscais dos serviços prestados atinentes ao período abrangido pela notificação (...). À fiscalização não restou outra saída a não ser recorrer à presunção, invertendo o ônus da prova com fundamento no interesse público, deixando a cargo do contribuinte que antes descumpriu seu dever de colaboração, a incumbência de, querendo, demonstrar a eventual improcedência total ou parcial do lançamento”.

Ademais, as únicas razões de decidir do referido paradigma foram as seguintes:

No caso sob análise, a auditoria fiscal entendeu tratar-se de hipótese de tributação pois verificados indícios de cessão de mão de obra. A Recorrente, por sua vez, alega não haver cessão de mão de obra, mas não demonstra através de provas a descaracterização da espécie.

A simples alegação de inexistência de cessão de mão de obra não é suficiente a descaracterizar a autuação. A autoridade fiscal acostou junto ao auto de infração cópias de notas fiscais cuja descrição dos serviços se enquadra na hipótese prevista em lei como submetida à incidência dos 11%. Sendo assim, cabia à Recorrente o enquadramento dos serviços em natureza diversa e a demonstração clara de que tais não se tratavam de cessão de mão de obra.

Nota-se que não houve colaboração do contribuinte no segundo acórdão paradigma, tendo a fiscalização se valido de notas fiscais para a caracterização da cessão de mão-de-obra, situação distinta da que ora se analisa, pois, como dito anteriormente, a **própria Contribuinte apresentou os documentos** (contratos e notas fiscais), em sua impugnação, sendo, **posteriormente, realizado Relatório complementar e, por conseguinte, apresentada impugnação complementar.**

Pelo exposto, cabe salientar que as situações fáticas condutoras dos fundamentos dos dois acórdãos paradigmas não se assemelham a situação dos autos., razão pela qual não se torna possível entender que os presentes autos, caso levados à apreciação daqueles colegiados, teriam decisão distinta da proferida no acórdão recorrido.

Portanto, não se vislumbra a divergência suscitada pela recorrente, razão pela qual não deve ser conhecido o Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz