



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo n° 36582.003526/2006-99
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° **9202-008.284 – CSRF / 2ª Turma**
Sessão de 23 de outubro de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ITAIPU BINACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/07/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho (Relator), Ana Paula Fernandes, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (Debcad n° 35.821.455-6), referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre a obrigação da empresa, como contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra, de reter o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador dos serviços.

Em sessão plenária de 13/08/2013, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão n.º 2402-003.699 (fls. 1.384/1.398), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/07/2005

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE. ÔNUS DO FISCO. AUSÊNCIA DEMONSTRAÇÃO DO FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES.

O Fisco tem o ônus-dever de demonstrar a efetiva ocorrência do fato gerador das contribuições lançadas. No presente caso, em se tratando de serviços prestados mediante cessão de mão de obra, deve o relatório fiscal conter toda a fundamentação de fato e de direito que possa permitir ao sujeito passivo exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Logo, caberia ao Fisco a demonstração da ocorrência da prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, o que não aconteceu.

LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA DA FALTA DE CLAREZA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA AUTUAÇÃO. NULIDADE.

A auditoria fiscal deve lançar a obrigação tributária com a discriminação clara e precisa dos seus dos motivos fáticos, sob pena de cerceamento de defesa e consequentemente nulidade.

E nulo o lançamento efetuado se não há a demonstração de todos os requisitos que levaram ao Fisco desconsiderar a empreitada integral (empreitada total) consignada no contrato de prestação de serviço.*

AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DOS MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS DO LANÇAMENTO FISCAL. VÍCIO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

A determinação dos motivos fáticos e jurídicos constituem elemento material/intrínseco do lançamento, nos termos do art. 142 do CTN. A falta desses motivos constituem ofensa aos elementos substanciais do lançamento, razão pelo qual deve ser reconhecida sua total nulidade, por vício material.

Recurso Voluntário Provido.

O resultado do julgamento foi registrado nos seguintes termos: “Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade do lançamento por vício material”.

O processo foi encaminhado à PGFN em 03/10/2013 que apresentou, no dia 11/10/2013, Recurso Especial (fls. 1400/1411) no intuito de rediscutir as matérias “i) **inexistência de nulidade no lançamento; e, alternativamente ii) natureza do vício – vício formal x vício material**”.

Quanto à inexistência de vício, como paradigmas foram apresentados os acórdãos n.º 108-08.499 e n.º 204-01.947, cujas ementas transcreve-se a seguir:

Acórdão n.º 108.08.499:

IRPJ – PRELIMINAR DE NULIDADE – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – Incabível a preliminar de nulidade de cerceamento do 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 – PLELIMINAR 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 que o mesmo preenche todos os pressupostos legais em sua elaboração, e a autuada demonstrou pleno conhecimento da matéria em sua defesa, não se verificando quaisquer irregularidades nesse sentido.

Acórdão n.º 20401.947:

NULIDADE DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. A alegação de ausência falta de descrição dos fatos geradores de forma clara não deve ensejar a declaração de nulidade do lançamento caso não tenha havido prejuízo à defesa, configurada pela correta compreensão fiscal.

Em relação à natureza do vício, à guisa de paradigmas, trouxeram-se os acórdãos n.º 203-09.332 e n.º 206-01.026. Abaixo a ementa dos julgados:

- Acórdão paradigma n.º 203-09.332:

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, tomando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio.

- Acórdão paradigma n.º 206-01.026:

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.

Razões Recursais

Aduz a Fazenda Nacional que o Colegiado Ordinário entendeu que a ausência de descrição clara e precisa do fato gerador importa nulidade do lançamento, por vício material.

Inferre a Recorrente que, segundo resulta da disciplina dos arts. 59 c/c 60 do Decreto n.º 70.235/72, a notificação e demais termos do processo administrativo fiscal somente poderiam ser declarados nulos na ocorrência de uma das seguintes hipóteses: a) quando se tratar de ato lavrado ou proferido por pessoa incompetente; ou b) resultar em inequívoco cerceamento de defesa à parte.

Nos termos da peça recursal, a jurisprudência da CSRF firmou orientação no sentido de que *”Não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados e fartamente documentados nos autos amoldam-se perfeitamente às infrações imputadas à empresa fiscalizada. Não há nulidade sem prejuízo”*.

À luz dos arts. 10 e 59 do Decreto n.º 70.235/72, infere que, depreende-se como necessária para a validade do lançamento a descrição do fato de uma forma tal que não resulte em prejuízo à ampla defesa do contribuinte. Não haveria, segundo tais dispositivos, a exigência de que fosse apresentada descrição minuciosa e pormenorizada das circunstâncias fáticas que levaram à autuação.

Segundo entende, no caso em tela, a autuada compreendeu claramente o conteúdo do lançamento, tendo sustentando de forma contundente argumentos preliminares e de mérito contra a autuação, sedo que não houve prejuízo à ampla defesa. Violação haveria, por exemplo, se a fiscalização não apontasse especificamente quais os valores que deixaram de ser informados

em GFIP, impedindo que o contribuinte conhecesse cada um deles e, portanto, os elementos indispensáveis para a compreensão da controvérsia.

Em virtude disso, a autuação não padeceria de vício algum e o lançamento deveria ser restabelecido.

Contudo, em sendo mantida a nulidade, a PGFN entende que essa deveria ser caracterizada como formal e não material, pois o problema apontado pelos julgadores para anular o auto de infração por suposto vício material diz respeito a falta de demonstração da ocorrência da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra. Em que pese se entenda desnecessária tal informação, em razão da presunção de veracidade dos atos públicos, resta claro que a apontada deficiência pode ser facilmente sanada com a baixa dos autos em diligência para esclarecimentos por parte da fiscalização e coleta de documentos. O vício, portanto, se existente, infere, diz respeito apenas à formalização do lançamento, plenamente passível de correção.

Por fim, requer a PGFN que seu recurso seja conhecido e provido, e reformado o acórdão recorrido, reconhecendo-se a ausência de nulidade do lançamento, ou alternativamente, que o vício apontado na decisão recorrida é de natureza formal.

Ao Recurso Especial foi dado seguimento, nos termos do despacho datado de 30/12/2015 (fls. 1461/1467).

Contrarrazões

Os autos foram, então, à unidade da Receita Federal do Brasil de origem para ciência pela Contribuinte do Acórdão de Recurso Voluntário, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do despacho que lhe deu seguimento, o que ocorreu em 10/11/2016 (fl. 1.473).

Em 25/11/2016 (fl. 1505), foram apresentadas contrarrazões ao Recurso Especial da PGFN (fls. 1476/1505), sob a alegação de que não houve por demonstrado os pontos específicos do acórdão recorrido que contenha interpretação divergente da adotada nos paradigmas invocados, visto que esses paradigmas não têm qualquer relação com o caso dos autos.

Sustenta a Recorrida que os dois paradigmas que reconheceram a inexistência de vício de lançamento o fizeram por ter havido descrição suficiente e clara dos fatos e da fundamentação legal, sem gerar prejuízo à defesa, mas que isso sequer foi posto em discussão no caso em exame. A abordagem trazida no acórdão desafiado, consoante descrito nas Contrarrazões, diz respeito à falta de comprovação do fato gerador, situação totalmente distinta da exposta nos paradigmas, em que o contribuinte, acreditando-se violado em seu direito de defesa, pedia a nulidade do auto por insuficiência de descrição dos fatos/fundamentos na autuação.

Situação semelhante teria ocorrido em relação à natureza do vício, se formal ou material, em que o primeiro paradigma trata de *descrição imprecisa* dos fatos, circunstância também diversa da aqui tratada, em que houve descrição completa do fato, mas sem demonstração da efetiva ocorrência do fato gerador. O segundo paradigma, defende a Recorrida, conclui que a falta de demonstração do fato gerador (premissa equivalente à destes autos) implica vício material do lançamento - ou seja, a conclusão é idêntica à do acórdão recorrido, não havendo divergência.

Sobre o mérito, nos termos das contrarrazões, a União se contradiz nos dois pilares de fundamentação que sustentariam o recurso: primeiro argumenta que o lançamento contém descrição suficiente e clara dos fatos e da fundamentação legal, sem gerar qualquer

prejuízo à defesa (do que a Recorrida, aliás, nunca discordou); na sequência, infere que o único vício imputável ao lançamento seria de ordem formal, por ter ocorrido deficiência de fundamentação, com suposto prejuízo ao direito de defesa.

No que se refere à parte do Recurso Especial em que se assegura que o lançamento não contém insuficiência de fundamentação fática ou jurídica, a Contribuinte entende que, embora a afirmação possa ser verdadeira, o fato é que a discussão debatida na decisão atacada é bem diferente: tratou-se ali de contestar a própria ocorrência do fato gerador, que não foi devidamente demonstrada pela Autoridade Fiscal, e não a falta de clareza da atuação fiscal.

Por outro lado, na parte em que a Fazenda Nacional sustenta que, se existente, o vício do lançamento seria esse de ordem formal, tem-se que a decisão recorrida amparou-se em elementos materiais do processo que evidenciavam justamente a inexistência do fato gerador e da cessão de mão-de-obra, ou seja, de discussão de ordem substancial, relativa ao conteúdo da atuação, em seus aspectos internos, notadamente os pressupostos de fato do lançamento e a sua subsunção às categorias jurídico-normativas.

Salienta ainda o Sujeito Passivo que embora a Fazenda Nacional argumente que eventual deficiência na atuação poderia ser facilmente sanada com a baixa dos autos em diligência para esclarecimentos da fiscalização e coleta de documentos, os autos foram por duas vezes convertidos em diligência, oportunizando à Autoridade Fiscal a melhor demonstração da ocorrência dos fatos que serviram de fundamento à atuação, mas a autoridade limitou-se a afirmar que já havia examinado amplamente a documentação necessária e a postular a confirmação do lançamento.

Por fim, aduz que qualquer reavaliação nos fundamentos para anulação do auto demandaria reexame do material probatório, o que seria incabível nesta via processual, e pugna pelo não conhecimento do Recurso Especial da PGFN ou, na eventualidade do conhecimento, pelo não provimento.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho - Relator

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos necessários à sua admissibilidade.

Conforme esclarecido no relatório, trata-se de NFLD relativa a retenções de 11% (onze por cento) em razão de serviços que a Fiscalização entendeu terem sido prestados ao Sujeito Passivo mediante cessão de mão-de-obra.

O Colegiado *a quo* declarou a nulidade do lançamento por vício material. A Fazenda Nacional, por sua vez, pugna pelo restabelecimento do crédito tributário, alegando a inexistência de vício, uma vez que não teria havido prejuízo à defesa. Alternativamente, pede que seja considerado que o vício é de índole formal. Em sede de Contrarrazões, a Contribuinte alega inexistência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

No que se refere ao conhecimento do apelo recursal, tratando-se de discussão acerca da existência ou da natureza do vício que maculou o lançamento, entendo imprescindível que se verifique a motivação da decisão sob exame e daquelas trazidas a colação.

No caso do acórdão recorrido, deu-se provimento ao Recurso Voluntário, declarando-se a nulidade do lançamento por vício material, por se considerar que a Fiscalização não comprovou a cessão de mão-de-obra, tampouco levou em conta que os respectivos contratos diziam respeito a empreitada integral. Vejamos trechos da decisão desafiada:

Dentro desse contexto fático, a previsão contratual de que os serviços, designados de construção das duas novas unidades geradoras 9A e 18A da Recorrente, seriam executados mediante “empreitada integral”, isso gerou dúvida na análise e na caracterização da cessão ou empreitada de mão de obra, já que não há previsão de retenção na contratação dos serviços de construção civil por meio da chamada empreitada total, consoante a regra do art. 220, §1º, do Regulamento da Previdência Social (RPS). [...]

[...]

Para viabilizar o saneamento dessa dúvida, o julgamento, em duas oportunidades, foi convertido em diligência para que houvesse manifestação do Fisco a respeito da alegada empreitada total e erros apontados, bem como análise da documentação juntada. Em resposta, foram elaboradas a Informação Fiscal de fls. 673/674 e a Informação Fiscal Complementar, em que o Fisco apenas relata que toda a documentação apresentada pela empresa fiscalizada foi analisada na ação fiscal e, da análise desta documentação, verificou-se a obrigação de retenção que não teria sido cumprida.

[...]

Logo, não estão materializados os elementos (requisitos) suficientes para caracterizar o instituto da cessão de mão de obra, prevista no §3º do artigo 31 da Lei 8.212/1991, eis que não ficou comprovado nos autos que os trabalhadores estariam submetidos ao poder de comando da própria Recorrente, e não dos cedentes (empresas pertencentes ao Consórcio CEITAPU Consórcio Empresarial Itaípu). Ou de outra maneira, não houve a materialização de que os trabalhadores foram colocados à disposição da Recorrente, em suas dependências ou nas de terceiros, para a prestação do serviço de construção civil, de forma contínua, das duas novas unidades geradoras 9A e 18A. (Grifou-se)

Ainda de acordo com o acórdão recorrido, isso teria acarretado cerceamento do direito de defesa da Contribuinte. Confira-se:

Com isso, percebe-se que o Fisco deixou de fundamentar a caracterização da cessão de mão de obra no Relatório Fiscal, acompanhado de seus anexos, e nas oportunidades concedidas pelo órgão julgador no âmbito administrativo, eis que nestes documentos não há as circunstâncias de fato e de direito que justifiquem a imposição fiscal, de modo a garantir ao sujeito passivo o pleno exercício de seu direito de defesa, dando-lhe ciência daquilo que se deve defender. Essa falta de caracterização da cessão de mão de obra decorre dos seguintes pressupostos fáticos:

- 1. não houve a demonstração de que os trabalhadores foram colocados à disposição da Recorrente (contratante), para a realização de serviços contínuos de construção civil;*
- 2. não houve a elucidação de que os serviços de construção civil não foram executados mediante empreitada total. Este fato foi evidenciado por esta Corte Administrativa (CARF), em duas oportunidades, que converteu os julgamentos em diligências, entretanto não ocorreu o*

saneamento dessa questão de fato pelo Fisco, que foi: se os serviços de construção civil foram realizados mediante empreitada total ou não. Assevere-se que a hipótese da empreitada total não é considerada cessão de mão de obra e, por consectário lógico, não está sujeita à retenção de 11% na contratação dos serviços de construção civil, conforme a regra do art. 220, §1º, do Regulamento da Previdência Social (RPS). (Grifou-se)

Nesse contexto, o paradigma apto a demonstrar a alegada divergência seria representado por julgado em que, diante de situação fática similar - autuação por falta de retenção em cessão de mão de obra, sem a comprovação da cessão - fosse considerado que não houve prejuízo à defesa, afastando-se a nulidade ou considerando-se que o vício seria de natureza formal.

Contudo, no intuito de demonstrar a divergência em relação à primeira questão - inexistência de vício no lançamento - a Fazenda Nacional indica como paradigma o Acórdão n.º 108-08.499, que afasta a preliminar de cerceamento do direito de defesa ao argumento de que “*o processo administrativo fiscal seguiu plenamente os trâmites legais, tendo a recorrente todas as oportunidades cabíveis para argumentar, não se vislumbrando qualquer prejuízo aparente*”.

Analisando-se o inteiro teor dessa primeira decisão, verifica-se que o colegiado paradigmático sequer reconheceu a existência de qualquer espécie de vício no lançamento, o que conduz à constatação de que esse julgado não trata de situação similar à exposta no *decisum* recorrido. Senão vejamos:

Com relação ao recurso voluntário, quanto às preliminares arguidas, entendo que não prosperam os argumentos da recorrente, uma vez que não houve 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. E (no) tocante à preliminar de nulidade ante a falta de descrição suficiente no auto de infração também entendo ser improcedente, pois o mesmo preenche todos os pressupostos legais em sua elaboração, e a atuada demonstrou pleno conhecimento da matéria em sua defesa, não se constatando quaisquer irregularidades nesse sentido. Afora isso, o desmembramento do processo administrativo n.º 10830.010727/2002-56 serviu como forma de facilitar a defesa da contribuinte e também a apreciação pelos órgãos julgadores. Pelo exposto, rejeito as preliminares suscitadas. (Grifou-se)

Com efeito, no caso desse paradigma os vícios alegados, que sequer foram considerados como existentes, não dizem respeito à não materialização dos requisitos necessários à caracterização do fato gerador da exigência tributária, como foi relatado no acórdão recorrido, de modo que a decisão não se presta a demonstrar a divergência.

No mesmo sentido, o Acórdão n.º 204-01.947 aborda situação em que a arguição de nulidade trazida em sede recursal diz respeito a suposta falta de descrição dos fatos e enquadramento legal. Esses argumentos foram refutados pela Turma julgadora ante a ausência de prejuízo à defesa. Nos termos de referido acórdão, o auto de infração e os demonstrativos produzidos pela fiscalização deixaram claro o procedimento realizados no curso da ação fiscal, bem como as diferenças por apontadas pela autoridade autuante e a origem dos valores lançados de ofício e, do mesmo modo, os fundamentos para a autuação mostraram-se suficientes à manifestação da defesa:

Não procede o requerimento da Recorrente para que seja declarada a nulidade do lançamento em razão da suposta falta de descrição dos fatos e enquadramento legal. No auto de infração e nos demonstrativos produzidos pela fiscalização resta claro o procedimento de fiscalização, bem como as diferenças por ela apontadas e a origem dos valores lançados de ofício (escrituração fiscal da própria Recorrente, nos livros relativos ao ISS e ao ICMS). A fundamentação legal também é clara e suficiente para a manifestação da defesa. (Grifou-se)

Em vista disso, entendo que o recurso não pode ser conhecido no que respeita a essa primeira questão, visto que no acórdão recorrido não se questiona a fundamentação do lançamento, mas a existência dos requisitos necessários à caracterização da cessão de mão-de-obra, pelas características dos serviços prestados e pelo fato de o contrato celebrado entre o Sujeito Passivo e o prestador fazer referência a “empreitada global”.

No que tange ao segundo ponto suscitado pela Fazenda Nacional - se nulidade houve, trata-se de vício formal e não material - foram analisados os paradigmas representados pelos Acórdãos n.º 203-09.332 e n.º 206-01.026.

Em relação Acórdão n.º 203-09.332, a ementa evidencia que foi reconhecida a nulidade por vício de forma, em virtude de descrição imprecisa dos fatos que motivaram a lavratura do auto de infração. Isso fica mais evidente do exame do voto condutor de citada decisão:

Por se tratar de matéria envolvendo a imunidade da COFINS, há de se observar a independência deste processo em relação ao Processo de n.º 13133.000025/99-62 (Imposto de Renda e CSLL), o qual foi julgado em Sessão de 11 de junho de 2003, por meio do Acórdão n.º 107-07.197, de forma a dar provimento ao recurso voluntário para anular o Ato Declaratório n.º 15, de 27 de março de 2002, que suspendera a imunidade. Reitero que a independência deste se justifica porque os tributos são essencialmente diferentes em sua materialidade e em seus pressupostos legais.

Compulsando os autos, verifico que a fundamentação no artigo 32 da Lei n.º 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.

[...]

Em se tratando da COFINS, há de se observar que o comando legal inserido está originariamente no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal. Em decorrência, reitero que o lançamento é um ato declaratório da obrigação tributária, devendo-se reportar à legislação específica do tributo em análise. Pela independência da COFINS, os atos praticados, ou faltas cometidas, devem, obrigatoriamente, ser descritos no auto específico da contribuição e regidos pela lei do tempo em que foram praticados. Estas considerações preliminares são importantes, sobretudo no tocante à prova, pois "a prova" regida pelo direito substantivo há de se ater aos fatos trazidos no processo e com estes ter dependência. Não há como tratar a COFINS como decorrente do IR porque assim não o quis o legislador.

[...]

Em verdade, o agente fiscal pode e deve efetuar o ato administrativo do lançamento de acordo com as razões de seu livre convencimento, todavia, deve explicitar as razões que o levaram a adotar este ou aquele procedimento, de maneira que seu procedimento não se configure em arbítrio; logo,

imprescindível, indicar, na descrição dos fatos, os motivos que lhe formaram o convencimento, sem se reportar a outro procedimento fiscal como prova única de suas argumentações. Ressalte-se que essa exigência tem implicação substancial e não meramente formal. No mais, em se tratando de pessoa jurídica de fins não lucrativos, não basta, portanto, a autoridade julgadora dizer que houve falta de pagamento e reportar-se a artigos genéricos da lei, como se fosse uma pessoa jurídica comum, eis que necessário, sob pena de nulidade, a exteriorização da base fundamental do procedimento.[...] (Grifou-se)

Compulsando o inteiro teor desse paradigma, constata-se que a situação nele tratada também em nada se assemelha à do acórdão desafiado. Observe que o vício apontado na decisão trazida a colação foi a consideração, por parte da Fiscalização, de que um processo de exigência de COFINS, decorrente de um outro processo de IRPJ, teria adotando as provas desse último sem, contudo, especificar-se os elementos e as provas característicos da própria COFINS. Em verdade, tal situação não guarda identidade fática com tratada no acórdão recorrido, em que, repita-se, o vício tem relação não com a descrição dos fatos e sim com falta de comprovação da cessão de mão-de-obra e, por conseguinte, de obrigatoriedade de retenção.

Já Acórdão paradigma n.º 206-01.026 declarou a nulidade de parte do lançamento a que se referia, por vício de índole formal, porque a autoridade autuante, no entender Colegiado prolator da decisão, deixou de indicar os fundamentos que autorizam o arbitramento das contribuições previdenciárias. A seguir, reproduz-se trechos do voto onde essa situação restou evidenciada:

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 Débito ou no Relatório Fiscal da Notificação. O que no presente caso não ocorreu. Acrescente que além de verificada a situação fática, ou seja, de demonstrar os motivos que levaram à adoção de tal medida, que ensejaria o lançamento por arbitramento é, também, imprescindível a indicação do dispositivo legal que autoriza o procedimento, no caso o art. 33 § 3º e/ou 6º da Lei n.º 8212/91.

A observância de tais procedimentos, isto é, a indicação dos fundamentos de fato e de direito do procedimento fiscal é imprescindível face à observância ao Princípio Constitucional da Legalidade Estrita, que deve ser observado tanto pela Administração, quanto pelo Administrado, além de observar ao comando constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º inciso LIV da Constituição). (Grifou-se)

A leitura da ementa, reproduzida no relatório, e do trecho do julgado, que ora se transcreve, revela que situação retratada nesse acórdão paradigma, do mesmo modo, não tem relação alguma com aquela indicada no recorrido. Veja-se que, como bem destacado nas contrarrazões do Sujeito Passivo, o acórdão fustigado, como já se demonstrou, não apresenta deficiência em sua fundamentação. O que levou o Colegiado Ordinário a anular a NFLD por vício material, reitere-se, foi o fato, mesmo depois de duas diligências, não ter a Fiscalização demonstrado que os requisitos necessários à caracterização da cessão de mão-de-obra, previstos no § 3º do artigo 31 da Lei 8.212/1991, estariam presentes na situação que suscitou a autuação.

Conclusão

Diante do exposto, tendo em vista que os paradigmas indicados não logram caracterizar as divergências alegadas, não conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho