



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

Processo nº 12259.001496/2010-76
Recurso nº 12.259.001496201076 Voluntário
Acórdão nº **2803-002.541 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 18 de julho de 2013
Matéria CP: CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente MILLS DO BRASIL - ESTRUTURAS E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 01/11/2001

NULIDADE. VIOLAÇÃO À PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS. INEXISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO. REVISÃO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DAS OBRIGAÇÕES E COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO. VIABILIDADE. RETIFICAÇÃO.

RETENÇÃO.NÃOEFETIVAÇÃOEMRAZÃODEDECISÃOJUDICIALFAVORECENDO A PRESTADORA DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADEMESMAEMRAZÃOARETENÇÃO.NÃOEFETIVADAPELATOMADORA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo a improcedência dos levantamentos, lançamentos, competências e bases de cálculo como admitido pelo agente fiscal lançador, que elaborou as planilhas de retificações, de fls. 3.360 a 3.376, e fls. 3.403 a 3.477, nos termos do voto vencedor redator Oseas Coimbra Junior. Vencido Conselheiro Eduardo de Oliveira.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/08/2013 por OSEAS COIMBRA JUNIOR, Assinado digitalmente em 19/08/2013

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA, Assinado digitalmente em 19/08/2013 por OSEAS COIMBRA JUNIOR

Impresso em 26/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 12259.001496/2010-76
Acórdão n.º **2803-002.541**

S2-TE03
Fl. 3.688

Oséas Coimbra Júnior – Redator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Fábio Pallaretti Calcini, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, - DEBCAD 35.102.808-001.440-2, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias não adimplidas pelo tomador dos serviços, decorrente da retenção de onze por cento sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas, relativamente a remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores em razão da cessão de mão de obra, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 97 a 106, com período de apuração de 01/1999 a 10/20051, conforme Termo de Encerramento de Ação Fiscal – TEAF, de fls. 414.

Consta da Consulta Dados Identificadores de Processo – CCADPRO, de fls. 416, que a data da cientificação do sujeito passivo foi, em 11/12/2001.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões, acostada, as fls. 418 a 425, recebida, em 20/12/2001, estando acompanhada dos documentos, de fls. 426.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 427.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão – Notificação - DN Nº 17.002/0530/2002, em 22/10/2002, fls. 428 a 413, no qual o lançamento foi considerado procedente.

Registro que neste momento há um erro na numeração do processo físico que recuou de fls. 429 para 410, nas páginas da DN. Continuarei a citar o número de folhas registrado manualmente em cada uma delas, ainda, que errado.

O contribuinte tomou conhecimento da decisão de primeiro grau, em 18/11/2001, AR, de fls. 435.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 422 e 423, recebida, em 07/06/2006, e razões recursais, as fls. 424 a 433 acompanhado dos documentos, de fls. 434 a 575, as teses recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Preliminarmente.

- que a decisão *a quo* é nula, pois singela e sem fundamentação e não enfrentou todas as teses postas pela impugnante, o que viola os incisos LIV e LV, do art. 5º da CF;
- que a notificação esta maculada pelo cerceamento de defesa, pois esta é compreendida por uma relação de números e valores incompreensíveis e indefensáveis, sem um esclarecimento detalhado de sua origem e seu fato gerador, devendo isso constar da notificação ou do relatório fiscal, uma vez que sendo crédito tributário deve fazer

indicação clara e precisa das disposições legais e dos motivos que lhe deram origem, indicando os fatos geradores e as leis a que se submetem;

- que o modo de elaboração da notificação impediu a recorrente de produzir a sua defesa, pois não há esclarecimento ou informação a respeito da natureza dos serviços questionados e muito menos que estes estavam sujeitos à retenção;
- que a não apreciação de argumentos postos à autoridade julgadora, implica em cerceamento do direito de defesa, o que leva a nulidade da decisão, bem como a falta de fundamentação desta viola o devido processo legal;

Mérito.

- que a recorrente deixou claro em sua defesa que não havia elementos hábeis para preparar a defesa, não tendo condições de rebater com segurança os lançamentos, que não foram devidamente identificados;
- que a recorrente sabe da obrigação do artigo 31, da Lei 9.711/98, sempre adotando tal procedimento quando a contribuição previdenciária era devida, verificando-se da planilha que acompanhou o débito, que não consta desta a discriminação das notas que deram origem ao débito, apesar do fisco ter tido o material a sua disposição, sendo utilizado para tanto simplesmente o razão contábil, o que levou o agente lançador a cometer equívocos e chegar a total aleatório, sem demonstração de como efetivamente se chegou a tal resultado, sendo que com metodologia tão superficial o fiscal encontrou diferenças, porém sendo todas indevida;
- que com grandes dificuldades, devido a imprecisão da notificação, a empresa conseguiu localizar documentos e identificar situações em que a retenção foi procedida na forma da lei, v.g, Só Montagem Andaimos Ltda - comp. 12/1999, bem como Gelre Trabalho Temporário S/A – comp. 03/2000; 04/2000 e 11/2000, comprovando, assim, a recorrente que cerca de quarenta e um por cento do valor exigido na notificação foi regularmente recolhido nos termos da lei;
- que a empresa apenas diligenciou por documentos, quando o valor envolvido fosse superior a R\$ 14.000,000, para não inflar os autos com excesso de documentos, tendo em vista que a imprecisão do lançamento, por não discriminar a notas fiscais, não permitia identificar o serviço, o que demonstra o cerceamento de defesa, cabendo ao fisco demonstrar o seu direito ao crédito por meio de provas, pois não constando na notificação referências as notas fiscais ou a natureza dos serviços prestados, mas tão somente mera alusão a contratação de empresas prestadores de serviços, ficou a recorrente sem saber do que tratava a notificação;

- que o REFISC não permitiu a recorrente identificar todos os serviços e todas as empresas que se sujeitariam a retenção, sendo que quando tal retenção não foi procedida isso se deu em razão do serviço não se submeter a este tipo de procedimento ou a natureza da pessoa jurídica não o exigia, artigo 1º, da IN/INSS/DC Nº 08/2000, não podendo a empresa ser penalizada, por omissões, incorreções e imperfeições causadas pela fiscalização, porém que esta não quis consertar;
- que a notificação não demonstrou qual o amparo legal para submeter certos serviços à retenção, nem mesmo se sabendo quais são estes, o que inviabiliza a defesa, pois sequer sabe a notificada, qual empresa que está no cerne da controvérsia, ficando evidenciado a impossibilidade de se cobrar a retenção de onze por cento, pois desconhecidas ou não identificados os pagamentos;
- que o administrador só pode atuar nos limites da lei, sendo que o entendimento fiscal, que desvirtua a realidade dos fatos, pode gerar créditos indevidos, não abordando a decisão recorrida relevantes aspectos da impugnação, o que demonstra que a ação fiscal arbitrária não é digna de confiança;
- Na conclusão, a recorrente requer: a) acolhimento da preliminar de nulidade; b) vencida àquela, espera-se conhecimento com total provimento para se declarar a improcedência da notificação, reformando-se a decisão a quo devido ao cerceamento de defesa.

O órgão preparador reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 583.

O contribuinte efetuou o depósito recursal, 434 e 583.

O Serviço de Análise de Defesas e de Recursos, as fls. 584 e 585, baixou os autos em diligência.

A diligência foi supostamente atendida pela Informação Fiscal, de fls. 586 a 588, com emissão de Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos – FORCED.

O crédito foi retificado pelo Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 589 a 599; 602 a 618.

O órgão julgador de primeiro grau promoveu a emissão de Reforma de DN Nº 17.002./0518/2003, datada de 11/11/2003, as fls. 619 a 624.

Consta, as fls. 625 a 628, a emissão de contrarrazões ao recurso voluntário.

O contribuinte tomou conhecimento da reforma da DN, em 29/01/2004, conforme AR de Reforma de DN, de fls. 630.

As, fls. 1.125, a empresa peticionou pela reiteração do recurso já interposto e pediu a juntada do substabelecimento, de fls. 1.126.

O Serviço do Contencioso Administrativo emitiu, as fls. 1.130 a 1.133, contrarrazões ao recurso voluntário.

Os autos foram remetidos ao Conselho de Recurso da Previdência Social – CRPS, em 05/02/2004, fls. 631.

O CRPS pelo despacho, de fls. 632, baixou os autos em diligência.

A diligência foi cumprida pela Informação Fiscal, de fls. 637 e 638.

O contribuinte tomou conhecimento da diligência pelo AR, de fls. 660.

A interessada apresentou aditamento ao recurso, as fls. 645 a 663, acompanhado dos documentos, de fls. 664 a 779; 802 a 999; 1.002 a 1.200; 1.202 a 1.399; 1.402 a 1.507; 1.509 a 1.599; 1.608 a 1.799; 1.802 a 1.889; 1.892 a 1.999; 2.002 a 2.199; 2.202 a 2.399; 2.402 a 2.597; 2.602 a 2.798; 2.807 a 2.999; 3.002 a 3.199; 3.202 a 3.338.

Passo a sumariar os argumentos do aditamento ao recurso, naquilo que acrescentar algo àquele.

- que em decorrência dos equívocos demonstrados pela recorrente, existentes na notificação esta foi reduzida de R\$ 442.485,36 para R\$ 262.723,43 em razão da DN 17.002/518/2003;
- que, ainda, assim o valor mantido na notificação é indevido, o que se demonstrará detalhadamente, sendo que agora a recorrente observou que a premissa de cálculo da fiscalização está equivocado, pois englobou reembolso de despesas incorridas e impostos incidentes sobre o faturamento, ocasionando isto diferenças indevidas ao exigir retenção de reembolso de vale transporte, materiais fornecidos e ISS, sendo outra fonte de diferenças o complemento de pagamento de notas fiscais de janeiro em fevereiro e que não se sujeitam a retenção;
- que algumas notas foram contabilizadas em meses diversos de sua competência, mas com a retenção realizada na competência certa e que algumas prestadoras não estão sujeitas a retenção por força de liminares;
- que a recorrente diz que demonstrará relacionando cada nota, com o mês da emissão, contabilização, base da retenção, somatório dos débitos no razão e com as deduções a serem realizadas o correto valor da retenção, inclusive, com juntada de documentos: Atra Prestadora – comp. 02/1999 a 05/1999; 08/1999; 11/1999; 03/2000; 11/2000. Anísio Gouveia Montagem e Serviços Ltda.- comp. 02/1999 e exercício 2000. Arcene Montagens S/C Ltda – comp. 02/1999; 05/2000 e 09/2000. Acser Recursos Humanos Ltda – comp. 03/1999; 06/1999; 08/1999 e 10/1999. Agaeletro Montagens e Comércio Ltda – comp. 06/2000. Bahia Forte Mont. Paisagismo e Constr. Civil S/C Ltda – comp. 06/1999. Colméia Construtora Ltda – comp. 02/1999; 04/1999 e 05/2000. Conape Sociedade Civil Ltda – sem retenção liminar. Dumont Serv. Indústria. Gerais de Locação de

Mão de Obra Ltda – comp. 02/1999; 03/1999; 05/1999. Diamond Service Gerais S/C Ltda – comp 12/1999 a 12/2000. Elite Montagens Ltda – comp. 02/1999; 08/1999 e 12/1999. Esclota Serviços Gerasi Ltda – comp. 04/2000. Fast Engenharia e Montagem Ltda – comp. 06/2000. Gelre Trabalho Temporário S/A – comp. 02/1999; 03/1999; 08/1999 a 12/1999; 06/2000 a 11/2000. Giovanna Ferreira da Silva – ME – todas as retenções foram corretamente feitas. Impacto STC. Serviços Empresarias Ltda – comp. 02/1999. Juiz de Fora Empresa de Vigilância Ltda – comp. 08/1999 e 07/2000. JVC Recursos Humanos Ltda – comp. 03/2000. Kronem Serviços de Administração, Manutenção, Limpeza Predial S/C Ltda – comp. 02/1999 e 02/2000. Leiner A De Carvalho & Cia. Ltda – comp. 02/1999; 03/1999 a 02/2000. Metta Serviços, Manutenção Montagens Ltda – comp. 02/1999. Michael Montagem Tubulares Ltda – comp. 03/1999; 04/1999; 06/1999 a 12/1999; 02/2000; 04/2000 a 12/2000. Máster Temp Recursos Humanos Ltda. Comp – 04/2000 a 08/2000. Montraque Montagens e Serviços Ltda – comp. 03/1999 a 09/2000. Ormesa Comércio e Montagens Ltda – comp. 02/1999; 06/2000; 09/2000 e 10/2000. Old Stand Ltda ME – comp. 02/1999 a 06/1999. Onda Luz Eventos Ltda 08/1999. Persona Recurso Humanos Ltda – comp. 08/1999; 09/1999; 04/2000; 08/2000 a 10/2000. Partner Service Ltda – 07/1999 e 09/1999; 12/1999; 05/2000; 06/2000; 09/2000 a 11/2000; Panter Serviço de Patrimonial Ltda – comp. 02/1999; 04/1999 a 07/1999; 09/1999 a 12/1999; 02/2000; 05/2000 a 12/2000; Servsul Relações de Emprego Ltda – comp. 02/1999; 03/1999. Servvcompany Relações de Emprego Ltda 02/1999 e 05/1999. Sotec Serviços Profissionais Ltda – comp. 02/1999. Só Montagens Andaimos Ltda – comp. 07/1999; 08/1999. Surian Recursos Humanos Ltda – comp. 10/1999; 03/2000; 11/2000. União Montagens Indústrias e Construção Civil S/C Ltda – 10/2000. Águias de Aço Serviços Ltda – comp. 09/1999. Grupo Águia Uno Prestadora de Serviços S/C Ltda – comp. 04/1999. Lip Serviços Gerais S/C Ltda – comp. 02/1999. Rep – Tec Representações e Serviços Técnico Ltda – comp. 03/1999. Nasa Vigilância e Segurança Ltda – comp. 05/1999. TL Tecnologia e Limpeza Ltda – comp. 04/1999.

- Na conclusão, espera a recorrente: a) conhecimento do recurso com integral provimento para julgar improcedente a autuação, reformando a decisão de primeiro grau.

Decorrente deste aditamento o Serviço do Contencioso Administrativo Previdenciário, as fls. 3.342 e 3.343, baixou os autos em diligência à Seção de Fiscalização.

A diligência foi atendida, conforme documentos, de fls. 3.346 a 3.358; 3.360 a 3.377.

A recorrente foi cientificada desta diligência e do resultado, as fls. 3.379 a 3.381.

O contribuinte se manifestou sobre a diligência, as fls. 3.382 a 3.385.

- que concorda com o resultado da diligência, mas que em relação a FAST ENGENHARIA e a CONAPE SOCIEDADE CIVIL, teceu questionamentos;
- que não verificada os requisitos da responsabilidade solidária entre a recorrente e as prestadoras o fiscal deveria ter intimado as contratadas para que aquelas comprovassem o pagamento das contribuições, especialmente no caso das duas empresa citadas, pois amparadas por decisão judicial e a retenção não era possível;
- que a recorrente reitera a improcedência de qualquer valor lançado relativo a FAST e a CONAPE, bastando para isso que seja feita verificação junto aos sistemas do INSS e DATAPREV dos recolhimentos efetuados por aquelas empresas;
- Por fim, a recorrente informa e requer: a) que concorda com a planilha de retificação, ressalvado a FAST e a CONAPE; b) reitera o pedido de improcedência da exigência em relação a FAST e a CONAPE, pois a não retenção se deu em cumprimento a determinação judicial; c) que seja feita verificação da regularidade do recolhimentos destas empresas no banco de dados do INSS e da DATAPREV.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento DRJ/RJ I, pelo despacho, de fls. 3.395 a 3.398, remeteu aos autos ao Serviço de Orientação da Recuperação de Crédito – SEREC da Delegacia da Receita Federal do Brasil Previdenciária – DRP RJ/Sul, a fim de promover revisão de ofício, juízo de admissibilidade do recurso, caso entenda necessário e remeter aos autos à Procuradoria da Fazenda Nacional para emitir contrarrazões, se, assim, entender para por fim remeter estes ao Segundo Conselho de Contribuintes.

A SEREC encaminhou aos autos à fiscalização para que o agente lançador se manifestasse sobre a procedência dos lançamentos, fls. 3.399.

A fiscalização atendeu à diligência pela IF, de fls. 3.403 a 3.477. Novamente verifico aqui falha na numeração passando esta de 3.404 para em seguida virar 3.415. Continuarei a usar a numeração manual, ainda, que com erro.

O sujeito passivo foi cientificado da diligência pela Intimação Nº 1.490/2011, fls. 3.481, recebida pelo AR, de fls. 3.482.

A recorrente manifestou-se, as fls. 3.483, acompanhada do documento de fls. 3.484.

- que concorda integralmente com os termos da diligência;
- que pede o prosseguimento do feito para declarar sua improcedência.

Processo nº 12259.001496/2010-76
Acórdão n.º **2803-002.541**

S2-TE03
Fl. 3.695

A Divisão de Controle e Acompanhamento Tributário – DIVAT remeteu os autos ao Grupo de Tributação da DICAT, com trânsito pelo *Sub Judice*, para ultimar a revisão do crédito, fls. 3.486.

A solicitação foi atendida pelo despacho, de fls. 3.500 e 3.501.

Por fim, os autos foram remetidos ao CARF, fls. 3.686, numeração digital.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Eduardo de Oliveira - Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Preliminar.

A recorrente não assiste razão ao dizer que a decisão de primeiro grau é nula por ter fundamentação singela e não enfrentar todas as teses da defesa. Basta ler a Decisão – Notificação para verificar que ela enfrentou a questão preliminar e as de mérito.

E, ainda, que isso não tivesse ocorrido, o que aqui só se admite *ad argumentandum tantum*, não levaria a nulidade da decisão conforme se colhe da jurisprudência citada, pois aquela está devidamente fundamentada, segundo consta em seus itens 11 a 30.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/04/2005 a 31/12/2007 PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. EXCLUSÃO DO SIMPLES E DO SIMPLES NACIONAL. REFLEXOS PREVIDENCIÁRIOS. APRECIÇÃO DA EXCLUSÃO. MATÉRIA AFETA À PRIMEIRA SEÇÃO E NÃO À SEGUNDA SEÇÃO DO CARF. MANIFESTAÇÃO DO JULGADO SOBRE TODAS AS TESES DE DEFESA. NÃO VINCULAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO ART. 26-A DO DECRETO Nº 70.235/72. 1. Restou amplamente evidenciado que o lançamento foi realizado em virtude de a empresa ter sido excluída do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL. De acordo com os autos, os fundamentos legais da exclusão foram o art. 9º, XII, “f”, da Lei nº 9.317/96 e do art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123/05, respectivamente. 2. O efeito imediato da exclusão do referido sistema é a exigibilidade de todas as contribuições previdenciárias previstas no ordenamento jurídico, ou seja, a empresa optante deixa de gozar dos benefícios destinados àqueles que cumprem o regramento de regência. 3. Da mesma forma que o acórdão recorrido, a Segunda Seção do CARF também não tem competência para manifestar-se a respeito das razões de exclusão do SIMPLES e do SIMPLES NACIONAL, tendo em vista tratar-se de matéria afeta à Primeira Seção do referido Conselho, conforme se pode observar do inciso V do art. 2º do RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009. 4. O julgador não tem a obrigação de manifestar favoravelmente às teses apresentadas pela recorrente, notadamente se elas estão em absoluta desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, como restou amplamente demonstrado nestes autos. 5. Ao contrário das alegações da recorrente, a autoridade administrativa incumbida do lançamento, bem assim os julgadores da primeira instância

administrativa pautaram seus trabalhos em estrita observância à legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal PAF. 6. Sobre a falta de análise de todas as teses apresentadas pela defesa, há que se destacar que o julgador não se vincula às teses das partes, devendo, no entanto, ater-se tão somente aos motivos e fundamentos de sua decisão. O fato de inexistir manifestação acerca de todos os temas ventilados nos autos não implica vício no julgado. Apontados os fundamentos de suas razões de decidir, não se obriga o julgador a responder a todas as alegações das partes, uma a uma, a fim de alicerçar sua decisão. 7. No que diz respeito a não apreciação das supostas inconstitucionalidades apontadas pelo contribuinte, o julgador a quo somente respeitou as disposições contidas no art. 26A do Decreto nº 70.235/72. Recurso Voluntário Negado. PROC: 10935.004185/2009-81. Data da Sessão - 15/08/2012. Relator - AMILCAR BARCA TEIXEIRA JUNIOR. Nº Acórdão 2803-001.759.(grifo meu).

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA AOS ART. 165, 458 E 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. SERVIÇO DE ÁGUA. DISPOSITIVOS DE LEI NÃO APONTADOS. SÚMULA N. 284/STF, POR ANALOGIA. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL POR ESTA CORTE SUPERIOR. NÃO-CABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 280 DO STF. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Precedentes. 2. Em relação às alegações de que (i) não se deve aplicar à concessionária o Código de Defesa do Consumidor e de que (ii) a insurgência contra a inserção da recorrida no benefício da tarifa social, a parte não trouxe nenhum artigo de lei que entenda ter sido violado no acórdão. Incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 3. Quanto ao mérito, aplica-se, no caso, a Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal, por analogia, pois a análise da pretensão recursal no que diz respeito à alegada violação do Decreto n. 25.438/99 pressupõe necessariamente a apreciação de normas de direito local. 4. Quanto à alegação de desrespeito ao princípio da legalidade, o Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Lei Maior, cabendo tal dever ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não se pode conhecer da dita ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (AGARESP 201101504273, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:14/09/2011 ..DTPB:.) (o destaque é meu)

Melhor sorte não sofre a alegação de cerceamento de defesa em virtude de falta de precisão e clareza da notificação. A origem dos diversos elementos da notificação está descrita em seus diversos relatórios, basta um simples compulsar dos autos para se observar tal

situação. Quanto a origem dos valores, notas fiscais de prestação de serviços de empresa prestadores que cedem mão de obra, bem como contas contábeis do razão, e do diário e os fatos geradores da prestação de serviços por trabalhadores. Creio que os números a que se refere a recorrente possam ser os diversos levantamentos para as diversas empresas, os quais estão identificados como R01 a R42, porém todos contém o nome da prestadora ao lado. Os valores estão detalhados por competência e prestadora, nas planilhas, de fls. 98 a 106. Desta forma, o lançamento atende de forma objetiva ao artigo 37, caput, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 243, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99.

A natureza do serviço por certo a recorrente têm nos respectivos contratos de prestação de serviços com as contratadas, e ainda, que o contrato tenha sido verbal o que é possível, mas não recomendado em matéria tributária, a descrição dos serviços nas notas falam por si. Não cabe ao fisco informar ao contribuinte o que é de seu conhecimento ou devia ser, se ele contratou a empresa sabe ou devia saber o porquê da contratação, não sendo função do fisco esclarecê-lo de seus negócios. Quanto a identificação dos serviços em razão de estarem ou não sujeitos à retenção, a lei e o decreto falam por si só, basta ler o rol elencado e comparar com os serviços contratados, pois se isso não fez a recorrente ela estaria a descumprir a legislação desde sua entrada em vigor.

Demonstrado ficou que o que cabia e devia constar da notificação esta descrito em seus relatórios, não havendo nenhuma irregularidade nos autos e nem dificuldade de compreensão deste.

As notas estão identificadas na cópia do livro razão, de fls. 107 a 199; 202 a 399, onde o agente lançador além das informações do histórico, inscritas pela empresa na descrição de cada lançamento contábil, faz referências e observações, como o nome das prestadoras; número das notas fiscais e datas. A contabilidade da empresa deve refletir a sua real movimentação, se há erro no levantamento fiscal em razão da contabilidade é devido a erro existente na contabilidade. Aliás, é isso que diz o agente lançador quando o CRPS em diligência solicita que as notas fiscais sejam identificadas, observe-se a transcrição da IF, de fls. 637 e 638.

4- ORA, INDO-SE ÀS FLS. 107/402, DOS AUTOS, VERIFICADAS AS CONTAS E O NOME DAS EMPRESAS CONSTANTES DAS PLANILHAS DE FLS 96/106, VEMOS QUE JÁ FIGURAM INDICADAS O NÚMERO DAS NOTAS FISCAIS NO PRÓPRIO HISTÓRICO DO RAZÃO DA EMPRESA, E TENDO SIDO O REFERIDO RAZÃO ANEXADO AOS AUTOS PELA AFPS NOTIFICANTE POR OCASIÃO DA LAVRATURA COMO PARTE INTEGRANTE DA NFLD, TORNOU-SE DESPICIENDA SUA REPETIÇÃO NAS PLANILHAS DE FLS 98/106, QUE SERVIRAM COMO DEMONSTRATIVOS DOS VALORES DE BASE DE CÁLCULO, DO NOME DAS EMPRESAS PRESTADORAS E DAS CONTAS UTILIZADAS, E QUE APONTAM, INCLUSIVE, A NATUREZA DOS SERVIÇOS PRESTADOS (CONTA 321206-SEGURANÇA/LIMPEZA; 321208-LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA E 321210-SUB-EMPREITADA), TUDO, COMO SE VÊ, RELATIVAMENTE ÀS NOTAS FISCAIS QUE JÁ SE ENCONTRAM. INDICADAS NOS AUTOS, COMO ABAIXO SE DEMONSTRA.. ASSIM VEJAMOS, EXEMPLIFICATIVAMENTE:

***RAZÃO 12/99- FLS 234 DOS AUTOS-EMPRESA SÓ MONTAGEM -NF 568-VALORES 667.415,73.**

FOI PERFEITAMENTE IDENTIFICADA PELA DEFENDENTE, POSTO QUE CONSTA DOS AUTOS, TANTO É QUE SOUBE TRAZÊ-LA, BEM COMO ACOMPANHADA, AGORA, COM COMPROVAÇÃO DE SEU RECOLHIMENTO, O QUE, PROPICIOU A ESTA AUDITORA PROCEDER A RETIRADA DO REFERIDO VALOR DO PRESENTE LANÇAMENTO, DIANTE DA PROVA APRESENTADA.

*** RAZÃO 08/99- FLS 187 DOS AUTOS -EMPRESA SÓ MONTAGEM - N F 563-VALOR R\$ 8000,00.FLS 191 DOS AUTOS -EMPRESA SÓ MONTAGEM -NF 564-VALOR RS 8000,00.**

EMBORA IGUALMENTE FIGURE INDICADA O NÚMERO DA NF NO HISTÓRICO DO RAZÃO, A DEFENDENTE NÃO PROCEDE DA MESMA FORMA E NÃO APRESENTA PROVAS QUANTO AS ESTAS E QUANTO AS DEMAIS EMPRESAS, QUE AINDA PERMANECEM NO DÉBITO. (grifos do original).

A notificação deixa claro o critério utilizado para uma mesma prestadora somou-se todas as notas da competência, aplicou-se a alíquota de onze por cento e deduziu-se, o que já havia sido pago, o item 3 do REFISC diz isso.

Como dito antes não há imprecisão na notificação e se a empresa teve dificuldades de apresentar documentos deve ter sido por outros motivos e não por conta da notificação que elucida de forma simples os pontos necessários.

No que tange aos documentos apresentados e a possível necessidade de retificação do lançamento, o agente lançador após a análise daqueles elementos, manifestou-se da forma abaixo transcrita.

1- CONSIDERANDO-SE , TÃO-SOMENTE, AS PROVAS QUE SÓ AGORA FORAM TRAZIDAS AOS AUTOS, CONSTITUINDO-SE NAS ÚNICAS QUE POSSUEM O CONDÃO DE ELIDIR O DÉBITO, DEIXANDO-SE À MARGEM AS IMPRECAÇÕES QUE FIGURAM NAS PEÇAS DEFENSÓRIAS, PROCEDEMOS A FEITURA DOS FORCED'S PARA EXCLUIR DO DÉBITO OS VALORES ABAIXO ELENCADOS:

A)LEVANTAMENTO R34 - SÓ MONTAGENS ANDAIMES LTDA.

COMP 12/99- DE-RS 73.415,73 PARA- ZERO. *

B)LEVANTAMENTO R14- GELRE TRABALHO TEMPORÁRIO S/A.'

COMP 03/00- DE RS 22.482,47 PARA-ZERO

COMP 04/00- DE R\$15.024,53 PARA-ZERO

COMP 11/00- DE R\$ 14.598,85 PARA-R\$ 58,60.

2) PELO EXPOSTO, VÊ-SE QUE AS DIFICULDADES QUE ALEGA A EMPRESA NÃO PROCEDE,UMA VEZ QUE DEMONSTRADAS AS BASES DE CÁLCULO,E DIGA-SE,

EXTRAÍDAS DO PRÓPRIO RAZÃO DA EMPRESA, ONDE FIGURA O NOME DA EMPRESA E O NÚMERO DAS NOTAS FISCAIS, BASTA PARA A MESMA, COMPOR OS VALORES DE SEUS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS, COMO SOUBE FAZÊ-LO ACIMA, RELATIVAMENTE A ALGUMAS NOTAS, COMO JÁ PODERIA PELO. QUE SE VÊ, TÊ-LO FEITO IGUALMENTE PARA O RESTANTE DO DÉBITO, POIS A VERDADE MATERIAL, CERTAMENTE CONSISTE EM PRINCÍPIO NORTEADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.(os destaques são meus).

Nos termos do artigo 16, parágrafo 4º, do Decreto 70.235/72 cabe a impugnante apresentar todas as suas provas junto à impugnação, salvo no caso das exceções que elenca, o que nestes autos não se verificou até o momento recursal, estando os demais elementos demonstrados é inexistente qualquer cerceamento de defesa ou violação a princípios.

O REFISC realmente não traz a informação, quanto aos serviços, mas a notificação não se constitui de um único relatório ou documento, as planilhas anexas ao relatório fiscal traz elencadas todas as empresas, aliás, o Discriminativo Analítico de Débito – DAD, de fls.02 a 43, elenca o levantamento pelo nome e identificando-o por empresa prestadora; as competências e os valores encontrados. O Discriminativo Sintético de Débito – DSD, de fls. 35 a 41, por competência agrupa os diversos levantamentos com valor original; valor atualizado; juros; multa e total. O Relatório de Fatos Geradores Gerais, de fls. 44 a 85, por levantamento identificado por empresa prestadora e por competência a expressão monetária do lançamento. Caso tenha havido omissões, incorreções ou imperfeições estas foram causadas pela própria empresa como demonstrado na informação fiscal, pois a empresa não apresentou os documentos, segundo informa o fiscal lançador. Os motivos da não retenção devem ser demonstrado caso a caso e a empresa no seu aditamento ao recurso em várias passagens admite a não realização de retenção em certos casos.

Os serviços sujeitos à retenção estão descritos na legislação não é necessário que o fisco demonstre tal dado. Mas cabe sim a empresa, uma vez solicitado a ela provar que cumpriu a determinação legal, transcrevo aqui o que já disse em outra passagem deste voto.

A natureza do serviço por certo a recorrente têm nos respectivos contratos de prestação de serviços com as contratadas, e ainda, que o contrato tenha sido verbal o que é possível, mas não recomendado em matéria tributária, a descrição dos serviços nas notas falam por si. Não cabe ao fisco informar ao contribuinte o que é de seu conhecimento ou devia ser, se ele contratou a empresa sabe ou devia saber o porquê da contratação, não sendo função do fisco esclarecê-lo de seus negócios. Quanto a identificação dos serviços em razão de estarem ou não sujeitos à retenção, a lei e o decreto falam por si só, basta ler o rol elencado e comparar com os serviços contratados, pois se isso não fez a recorrente ela estaria a descumprir a legislação desde sua entrada em vigor.

A fiscalização agiu nos termos da lei que disciplina sua atuação, uma vez que determinado pela autoridade competente, esta empreendeu a fiscalização e solicitou os documentos necessários e promoveu a análise daqueles, tirando as conclusões que foram possíveis a partir dos elementos e documentos fornecidos.

Assiste razão a recorrente ao dizer que a notificação foi reduzida de R\$ 442.485,36 para R\$ 262.723,43. No entanto, não pelo motivo alegado, tal retificação segundo o fiscal notificante não deu por equívocos no lançamento, mas sim pela apresentação tardia de documentos, que não foram apresentados no curso da ação fiscal, o que já se demonstrou acima.

Demonstrado pelo sujeito passivo que o tributo que se está exigindo é indevido, qualquer que seja o motivo o fisco deve proceder nos termos do artigo 145 c/c o artigo 149 da Lei 5.172/66 e proceder a revisão devida, porém tal fato depende de prova.

A concordância do contribuinte com esta ou aquela atitude do fisco é prerrogativa exclusiva deste, mas uma vez manifestada esta, finda-se o litígio é a discussão sobre a matéria.

Equivoca-se o contribuinte, o artigo 31, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.711/98 não cuida de responsabilidade solidária, mas sim de responsabilidade tributária por substituição. Assim, não há que se falar em necessidade de verificação nas prestadoras, pois a retenção não admite benefício de ordem.

Todavia, no que tange a impossibilidade de retenção em razão de decisões judiciais em relação a FAST e a CONAPE e os autos demonstram isso, inclusive, as fls. 3.684, numeração digital, consta o que a seguir transcrevo.

*No que tange ao pedido de manifestação desta equipe quanto à possibilidade de cobrança do crédito tributário referente às competências 08/1999 a 12/1999 e 07/2000 a 12/2000 do levantamento R08 e 06/2000 do levantamento R 13, cumpre afirmar que os Mandados de Segurança n.ºs 1999.38.00.022617-7 - 7.ª VF/MG (fls. 3.487/3.491) e 1999.61.00.058692-1 - 10.ª VF/SP, impetrados, respectivamente, pela Conape Sociedade Civil S/C Ltda e pela Fast Engenharia e Montagem Ltda, **transitaram em julgado em desfavor das impetrantes, não havendo óbice ao prosseguimento do feito.** (realce do original).*

Porém, penso que esta não seja a melhor solução para a situação, tendo em vista que a recorrente não fez a retenção, pois as empresas prestadoras de serviços estavam amparadas por decisões judiciais que as excluía do sistema da retenção, ainda, que temporariamente. Assim sendo, cabia a eles realizarem o recolhimento pelo sistema convencional, ou seja, artigo 22, incisos I a IV.

Desta forma, deve ser verificado se houve tal recolhimento para que não ocorra *bis in idem*, isto é, exigir novamente o que já foi pago. Caso tenha havido pagamento das citadas contribuições pelas prestadoras os levantamentos em relação a elas deverão ser excluídos do crédito. Caso contrário a cobrança poderá prosseguir, pois a decisão judicial temporária não excluiu a responsabilidade tributária da tomadora de serviços.

Verifica-se dos autos que a DRF – origem deve promover as duas revisões, ainda, não efetivadas, pois apenas elaboradas as planilhas de confirmação, fls. 3.360 a 3.376, e IF e planilhas e FORCED, de fls. 3.403 a 3.477.

Concordar com os termos da diligência nada acrescenta ao resultado da lide, salvo quanto a tornar as teses incontroversas, pois a diligência será realizada com ou sem a concordância do contribuinte.

O prosseguimento do feito e corolário do impulso oficial e não depende de pedido do contribuinte para ser empreendido.

Posto isto e elencadas as razões expostas acima, não há razão para acolher a preliminar de nulidade, por cerceamento de defesa, como demonstrado.

Nesta esteira de raciocínio não há razão para declarar a improcedência do feito, pois após as retificações efetuadas o contribuinte concordou com o seu resultado e até confessou a existência de débitos em várias competências como consta do aditamento da peça recursal, as fls. 645 a 663.

Embora, entenda que a solução adotada pelos meus pares em mesa durante a sessão possa ser a mais acertada não a adotei e não a adoto, pois as bases legais desta são posteriores a ocorrência do fato gerador e atribuem responsabilidade tributária a outrem, o que em minha percepção é vedado pelos artigos 144 e parágrafo único, da Lei 5.172/66.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, reconhecendo a improcedência dos levantamentos, lançamentos, competências e bases de cálculo como admitido pelo agente fiscal lançador, que elaborou as planilhas de retificações, de fls. 3.360 a 3.376, e fls. 3.403 a 3.477, devendo estas serem implementadas pela DRF – origem, bem como para determinar que seja verificado, se as prestadora FAST e CONAPE recolheram as contribuições exigidas nesta notificação de forma convencional, excluindo-as desta notificação em caso positivo ou realizando a cobrança em caso negativo.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Voto Vencedor

Oseas Coimbra Junior – Conselheiro

Sr Presidente,

Divirjo em parte do voto do e. Relator.

Depreende-se dos autos que o recorrente não efetivou a devida retenção quando da prestação dos serviços por FAST e CONAPE em razão de ordem judicial, em caráter liminar, afastando a obrigatoriedade de retenção das mesmas.

Nessa hipótese, tenho como aplicável o que consta do art. 150, I da IN RFB 971/09, que transcrevo.

Art. 150. Caso haja decisão judicial que vede a aplicação da retenção, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, observar-se-á o seguinte:

I - na hipótese de a decisão judicial se referir à empresa contratada mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, não sujeita à aplicação do instituto da responsabilidade solidária, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços serão exigidas da contratada; (...)

Mutatis Mutandis, é o mesmo raciocínio esposado na SCI 01 COSIT, de 15.01.2013, que assim conclui:

Conclui-se que:

a) Existindo medida liminar que impeça a empresa adquirente de efetuar a retenção e o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre produção rural adquirida, a RFB deve proceder ao lançamento do débito para prevenir a decadência, nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, em nome do produtor rural pessoa física ou segurado especial;

b) Cassada a medida liminar, e sendo favorável ao fisco a decisão:

b.1) na hipótese do item a, deverá ser feita a cobrança do crédito tributário lançado, observada, com relação à multa de mora o disposto no §2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996;

b.2) não tendo sido efetuado o lançamento para prevenir a decadência, o produtor rural pessoa física ou o segurado especial ficam obrigados ao pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a comercialização da sua produção rural, considerando-se a data de vencimento originária para o recolhimento da contribuição sub-rogada, observado o disposto no §2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, no que se refere à multa de mora;

b.3) não havendo pagamento no prazo previsto no §2º do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, deverá ser efetuado o lançamento de ofício nos termos do art. 33, §7º, da Lei nº 8.212, de 1991, combinado com o art. 44 da lei nº 9.430, de 1996.

Dessa feita, não há como responsabilizar o recorrente em razão da ausência de retenção e repasse de valores à seguridade social se havia determinação judicial afastando tal obrigação, pois tais valores devem ser cobrados das prestadoras de serviço.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, reconhecendo a improcedência dos levantamentos, lançamentos, competências e bases de cálculo como admitido pelo agente fiscal lançador, que elaborou as planilhas de retificações, de fls. 3.360 a 3.376, e fls. 3.403 a 3.477, devendo estas ser implementadas pela DRF de origem, bem como para excluir do presente lançamento as parcelas referentes a falta de retenção e repasse devidos em razão de serviços prestados por FAST e CONAPE, no período abarcado por decisão judicial que afastava a obrigatoriedade de retenção, inclusive em caráter liminar.