



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

Processo n° 37216.000666/2006-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.168 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de fevereiro de 2016
Matéria CP: CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1998 a 01/11/2004

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO 11%.

MPF. PRORROGAÇÃO APÓS O VENCIMENTO DO MPF PRECEDENTE. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRE NULIDADE DO LANÇAMENTO EM RAZÃO DE MPF COMPLEMENTAR NOTIFICADO AO CONTRIBUINTE APÓS O ENCERRAMENTO DO PRAZO DE VALIDADE DO ANTERIOR. O MPF É MERO INSTRUMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO DA ATIVIDADE FISCAL E NADA MAIS. A COMPETÊNCIA DO FISCO É INSTITUÍDA POR LEI. A RETENÇÃO DE ONZE POR CENTO É RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DO SERVIÇOS, CONFORME DETERMINAÇÃO LEGAL, SENDO INAPLICÁVEL AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS AS DETERMINAÇÕES LEGAIS DO IRRF - PESSOA FÍSICA. O FISCO DEMONSTROU E COMPROVOU A OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES E A INEXISTÊNCIA DO RECOLHIMENTO. A RETIFICAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL DISCUTIDO ADMINISTRATIVO É UMA DAS VIRTUDES DO PAF, QUE VISA JUSTAMENTE GARANTIR A LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO ANTE ALGUM POSSÍVEL EQUIVOCO.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade, vencido o Conselheiro JOSÉ ALFREDO DUARTE FILHO (Suplente convocado), que a acatou. Em relação à multa de ofício, pelo voto de qualidade, não conhecer da matéria por não constar do recurso voluntário, vencidos os Conselheiros MÁRCIO HENRIQUE SALES PARADA, MARTIN DA SILVA GESTO, JUNIA ROBERTA GOUVEIA SAMPAIO e JOSÉ ALFREDO DUARTE FILHO (Suplente convocado) que a conheceram. No mérito, por unanimidade de votos, negar provimento. Fez sustentação oral, pelo contribuinte, a advogada CAROLINA NICOLAU LEANDRO, OAB nº 150.452/RJ.

(Assinado digitalmente).

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto, Marcio Henrique Sales Parada.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD – DEBCAD 35.804.517-7, a qual objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos trabalhadores, em razão da prestação de serviços com cessão de mão de obra, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 59 a 66, com período de apuração de 08/1998 a 10/2004, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 79 a 84.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 07/07/2005, Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 22/07/2005, as fls. 90 a 121, a qual foi acompanhada dos documentos, de fls. 123 a 211.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 212 e 214.

O Serviço do Contencioso Administrativo Previdenciário – SECAP baixou os autos em diligência, fls. 215.

A diligência foi atendida e expedidos os documentos, de fls. 217 a 232.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação – DN Nº 17401.4/0684/2005, fls. 254 a 262, em 01/12/2005.

Na qual o lançamento foi considerado procedente em parte e foi retificado pelo Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 234 a 253.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 07/12/2005, Recibo de Entrega, de fls. 263.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário petição, de fls. 288 a 289, recebida, em 06/01/2006, com razões recursais, as fls. 290 a 322, acompanhado dos documentos, de fls. 323 a 571.

Consta, dos autos, as fls. 266 a 269, decisão judicial liminar autorizando a substituição de depósito recursal por arrolamento de bens, conforme MS 2005.51.01.527758-2 – 6º Juizado Especial Federal Rio de Janeiro.

O recurso foi considerado tempestivo, fls. 573.

Devido a apresentação de novos documentos na fase recursal que, ainda, não haviam sido apresentados pela empresa o Serviço do Contencioso Administrativo Previdenciário – SECAP baixou os autos em diligência mais uma vez, despacho, de fls. 575.

A diligência foi atendida pelos documentos, de fls. 577 a 586.

A Delegacia da Receita Previdenciária – DRP – RJ – Centro emitiu as Contrarrazões – CR nº 17.401.4/0055/2006, de fls. 588 a 592 e os autos foram remetidos ao CRPS.

Nos termos dos documentos, de fls. 593 e 594, foi solicitada ao CRPS a devolução do autos a DRP origem, uma vez que, conforme consta, a segurança foi negada e a liminar revogada, no que tange a substituição do depósito prévio por arrolamento de bens, o que se confirma pelos documentos, de fls. 595 a 602.

A empresa foi cientificada para promover a comprovação da realização do depósito recursal, fls. 605 e 606.

O contribuinte demonstrou a realização do depósito recursal documentos, de fls. 610 a 623.

Os autos subiram ao CRPS em devolução, fls. 624.

A recorrente, em 09/05/2007, as fls. 630 a 631, atravessou petição com destino ao CRPS noticiando o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal, pedindo pelo devolução dos autos a órgão de origem para que este se manifeste sobre a restituição/levantamento do referido depósito, juntado a decisão da apelação judicial no MS 200551015277582, fls. 632 a 636.

Os autos foram restituídos à DRF origem, fls. 637, sendo que essa após suas considerações devolveu os autos ao CRPS, fls. 638 e 639.

O Recurso Voluntário foi julgado pelo CARF, em 06/05/2009, Acórdão Nº 2401-00.147 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, tendo a turma decidido pelo nulidade da decisão *a quo*, fls. 640 a 646.

O contribuinte foi cientificado dessa decisão, em 02/02/2010, AR, de fls. 647.

A empresa recorrente apresentou manifestação quanto as diligências, as fls. 648 a 663, acompanhada dos documentos, de fls. 664 a 787; 790 a 871.

Os autos foram remetido à DRJ/RJ1, fls. 873.

A DRJ/RJ1 por intermédio do Despacho, de fls. 945, baixou os autos em diligência.

O contribuinte foi cientificado da diligência e apresentou a manifestação, de fls. 950 a 958, acompanhada dos documentos, de fls. 959 a 974.

O órgão julgador de primeiro grau prolatou o Acórdão Nº 12-51.317 - 10ª Turma DRJ/RJ1, de fls. 994 a 1.008, datado de 11/12/2012.

O lançamento foi retificado, conforme acórdão e Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 978 a 993.

O contribuinte tomou ciência, em 25/01/2013, da decisão e retificação, conforme Termo de Ciência por Decurso de Prazo, de fls. 1.010.

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário, em 25/02/2013, fls. 1.038, com petição de interposição, as fls. 1.040 a 1.041, com razões recursais, as fls. 1.042 a 1.069, acompanhado dos documentos, de fls. 1.070 a 1.093.

As razões recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Preliminarmente.

- que o lançamento é nulo, pois a prorrogação do MPF foi intempestiva, ou seja, efetuada após o decurso de prazo do anterior, uma vez que a prorrogação só pode se dar após a cientificação do contribuinte, pois só há comunicação se a mensagem for devidamente recebida pelo destinatário, assim a autoridade administrativa deveria ter emitido um novo MPF e não prorrogado aquele que já estava extinto, o que gera nulidade do lançamento, devendo a decisão *a quo* ser reformado nesse tópico;

Mérito.

- que não se pode exigir as contribuições do tomador de serviços sem se verificar se o prestador recolheu as contribuições devidas, sendo a retenção na fonte relativa aos 11% semelhante a retenção do IR por parte do empregador, o que foi confirmada pelo STF;
- que tal qual a responsabilidade do empregado se mantém quando o empregador não faz a retenção na fonte isso também ocorre com a retenção de 11%, sendo obrigação do prestador de serviço o recolhimento e não do tomador, cita exemplo, não podendo a empresa tomadora ser punida com o dever de recolher o tributo que é devido pela prestadora, só porque deixou de efetuar a retenção é o que consta do artigo 722 do RIR/99, assim sendo a recorrente sustenta que não pode ser dela exigido o pagamento da contribuição, sem que fique provado que a prestadora não o recolheu, podendo o fisco fazer tal verificação em seus sistemas, devendo ser reformada a decisão guerreada;
- que existe o destaque da retenção em todas as notas apresentadas, o que confirma o cumprimento da obrigação, tendo tal retenção ocorrido sobre o valor total da nota, devendo tais notas além de servirem para retificação da planilha de base de cálculo, servir para comprovar a efetiva retenção da contribuição previdenciária, não havendo, assim, diferenças a recolher, o que leva a necessidade de reformar a decisão recorrida;
- que o fisco não comprovou a ocorrência dos fatos geradores, lastreando o lançamento em meros indícios e presunções;
- que a necessidade de diligência confirma que a ação fiscal a que foi submetida a recorrente foi inexata, ratificando que o auto foi lavrado sem que o débito fosse apurado de forma correta, o que demonstra que o lançamento contém uma série de inconsistências que viola o

artigo 142, do CTN, o princípio da legalidade e a verdade material, sendo que diversos recolhimentos realizados não foram levados em consideração, o que acarreta em exigências indevidas em diversas competências, conforme planilha a seguir, e, ainda, que a Administração possa alterar o lançamento, isso não convalida as inconsistências do lançamento, não atendendo esse o critério de liquidez e certeza para a sua cobrança, sendo necessária a reforma da decisão de primeira grau com o reconhecimento da nulidade do lançamento;

- Do pedido: a) admissão das razões recursais com o respectivo provimento, reformando a decisão recorrida, julgando o lançamento totalmente improcedente.

O recurso foi considerado tempestivo, fls. 1.099.

O autos foram remetidos ao CARF, fls. 1.099.

Por fim, os autos foram distribuídos a esse conselheiro, em 06/11/2014, Lote 03, fls. 1.100.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

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

Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetarão o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

Preliminares.

Equivoca-se a recorrente o MPF é mero ato administrativo de controle das atividades fiscais, utilizado pela Administração, e nada mais, o MPF não confere competência para que o agente fiscal promova a fiscalização, pois essa competência é atribuída por lei ao fisco.

Ademais, o próprio Decreto 3.969/2001 que institui o MPF em seu artigo 16, abaixo transcrito estabelece que a autoridade pode emitir outro MPF não havendo nulidade no fato de um MPF ser emitido e recebido após o vencimento do anterior.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do art. 15 não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Aliás, a jurisprudência do CARF e dos TRF's sobre a matéria entendem pela validade do procedimento de fiscalização

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL – ITR - EXERCÍCIO: 2002 NULIDADE. - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA - AS HIPÓTESES DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO SÃO AS ELENCADAS NO ARTIGO 59 DO DECRETO 70.235, DE 1972, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM NULIDADE POR OUTRAS RAZÕES. PRELIMINAR - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NORMAS DE CONTROLE INTERNO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. AS NORMAS QUE REGULAMENTAM A EMISSÃO DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF DIZEM RESPEITO AO CONTROLE INTERNO DAS ATIVIDADES DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, PORTANTO EVENTUAIS VÍCIOS NA SUA EMISSÃO E EXECUÇÃO NÃO AFETAM A VALIDADE DO LANÇAMENTO, ITR - IMPOSTO TERRITORIAL RURAL - ITR. ÁREA DE EXPLORAÇÃO EXTRATIVA. SOMENTE PODE SER

CONSIDERADA ÁREA DE EXPLORAÇÃO EXTRATIVA, SEM APLICAÇÃO DE ÍNDICES DE RENDIMENTO POR PRODUTO, A ÁREA DO IMÓVEL RURAL EXPLORADA COM PRODUTOS VEGETAIS EXTRATIVOS, MEDIANTE PLANO DE MANEJO SUSTENTADO APROVADO PELO IBAMA ATÉ O DIA 31 DE DEZEMBRO DO ANO ANTERIOR AO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ITR, E CUJO CRONOGRAMA ESTEJA SENDO CUMPRIDO PELO CONTRIBUINTE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE O CARF NÃO É COMPETENTE PARA SE PRONUNCIAR SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA (SÚMULA CARF Nº 2). RECURSO NEGADO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGAR PROVIMENTO, AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. Conselho Administrativo Recurso Fiscais; 2 Seção de Julgamento. 2 Câmara. 2 Turma Ordinária. Proc: 10980.003886/2006-12 - Acórdão: 2010-05-12; 220200509.

*TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. CSLL. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO DA DÍVIDA ATIVA LÍQUIDO E CERTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A Apelante alega que o ano de 1999 não poderia ter sido fiscalizado pela autoridade administrativa, por não se encontrar descrito no Mandado de Procedimento Fiscal que impulsionou a fiscalização fazendária; 2. O lançamento tributário é obrigação da autoridade fiscal, ao detectar infração à legislação tributária, pois se trata de atividade administrativa vinculada, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, do CTN; 3. **Impossibilidade de se vincular lançamento tributário a outro ato de cunho meramente administrativo;** 4. Inexistência de mácula no Procedimento Administrativo Fiscal, que obedeceu plenamente aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, e possui todos os demais elementos essenciais de validade. *Apelação improvida.* (AC 200585000058685, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data::31/07/2008 - Página::426 - N°::146.)*

*TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO GESTOR PÚBLICO. ART. 135 DO CTN. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CULPABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO. LEI Nº 11.941/09. 1 - Os atos praticados durante a ação fiscal devem ocorrer dentro do prazo de validade do respectivo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, como disposto no art. 2º e seguintes do Decreto nº 3.969/2001, que pode, inclusive, ser prorrogado (art. 13), com a emissão de um MPF-C - Mandado de Procedimento Fiscal Complementar. 2 - **A ciência do contribuinte da constituição do crédito tributário após o prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal***

não acarreta nulidade do lançamento, como constante no Enunciado nº 25 do CRPS, inclusive. 3 - Intimação do Impetrante comprovada pela sua ciência do procedimento fiscal, em face do efetivo exercício do direito de defesa e do contraditório no âmbito administrativo, na forma do art. 5º, LV, da Constituição Federal, tanto que impugnou a autuação e interpôs recurso da questionada Decisão-Notificação. 4 - Revogação do art. 41 da Lei nº 8.212/91 pela Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009. Como se exige dolo específico do agente, para se responsabilizar pessoalmente o dirigente de órgão público (CTN, art. 135), revela-se imprópria a lavratura de Auto de Infração contra o reitor de universidade pública pelo descumprimento de obrigação acessória. 5 - Apelação conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada. Segurança concedida em parte, com a determinação da exclusão do nome do Impetrante como contribuinte da ação fiscal. Lançamento mantido, pelo que caberá à Administração retificar o nome do contribuinte sob ação fiscal, para efetivar a cobrança do crédito tributário, com a observância do devido processo legal em sede administrativa. (AMS 200651010178971, Desembargadora Federal GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::02/04/2012 - Página::105106.) (todos os grifos são meus)

Assim sendo, com esses esclarecimentos rejeito a preliminar.

Mérito.

Novamente, equivoca-se a recorrente, embora a retenção de 11% possa ter alguma semelhança com a retenção do IRRF – pessoa física pelo empregador com esse não se confunde, sendo tributos distintos e assim com pressupostos, requisitos, sistemática e legislação distintas.

Aliás, a primeira diferença é que um é imposto IRRF – pessoa física e o outro é uma contribuição – Contribuição Social Previdenciária e essa última tem destinação e finalidade específica determinada pela CRFB/88.

Não fosse isso suficiente a própria lei deixa claro que a empresa responsável pela retenção fica diretamente responsável pela importância não recebida ou arrecadada, uma simples leitura do artigo 31, da Lei 8.212/91 c/c o parágrafo 5º, do artigo 33, dessa mesma lei trata disso com clareza, observe-se a transcrição.

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998.)

Art. 33. omissis...

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei. (grifei).

O C. Superior Tribunal de Justiça – STJ corte com competência constitucional para uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito, já se pronunciou sobre a matéria e assim decidiu, observe-se o aresto.

EMEN: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRATANTE DE SERVIÇOS EXECUTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ATÉ A LEI 9.711/98, DESDE QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO SEJA CONSTITUÍDO CONTRA O DEVEDOR PRINCIPAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO TOMADOR DO SERVIÇO DE MÃO-DE-OBRA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.711/98 (1º/2/1999). NECESSIDADE DE RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO. 1. Existe responsabilidade solidária do contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, na forma estabelecida pelo art. 31 da Lei 8.212/91, antes da alteração legislativa promovida pela Lei 9.711/98. Contudo, in casu, como o crédito tributário não foi constituído contra o devedor principal (prestadora da mão-de-obra), a cobrança da exação não pode ser direcionada à empresa tomadora de serviços. Precedentes: REsp 727.183/SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 18/5/2009; REsp 776.433/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 22/9/2008; REsp 800.054/RS; AgRg no AgRg no REsp 1.039.843/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/6/2008; REsp 800.054/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3/8/2007. 2. A Lei 9.711/98, que introduziu a nova redação do artigo 31, da Lei 8.212/91, vigorando a partir de 1º de fevereiro de 1999, instituiu técnica arrecadatória via substituição tributária, mediante a qual compete à empresa tomadora dos serviços reter 11% (onze por cento) do valor bruto da respectiva nota fiscal ou fatura, bem como recolher, no prazo legal, a importância retida. 3. Cuida-se, portanto, de previsão legal de substituição tributária com responsabilidade pessoal do substituto, que passou a figurar como o único sujeito passivo da obrigação tributária. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 962.550/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/6/2009; REsp 780.029/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 5/11/2008; AgRg nos EREsp 707.406/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 9/9/2008; REsp 884.936/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 20/8/2008. 4. Recurso especial parcialmente provido, inaugurando divergência em parte da

conclusão adotada pelo relator, para determinar que a partir de 1º de fevereiro de 1999, data do início da vigência da Lei 9.711/98, a empresa tomadora dos serviços de mão de obra é o único sujeito passivo responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias. EMEN: RESP 200801364406 RESP - RECURSO ESPECIAL – 1068362 LUIZ FUX. STJ. PRIMEIRA TURMA. DJE DATA 24/02/2010.

Assim sendo, é inaplicável ao caso a forma e critério de retenção do IRRF – pessoa física pelo empregador ou, ainda, o artigo 722, do RIR, pois são situações distintas sobre tributos distintos.

No caso o artigo 31, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 9.711/98 deixa claro que a obrigação é exclusiva do contratante dos serviços .

O mero destaque da retenção na nota fiscal não prova que o recolhimento foi efetivado, aliás, pagamento de tributo só se prova com a respectiva guia de recolhimento, artigo 320, da Lei 10.406/2002 c/c o artigo 156, I, c/c o artigo 158, c/c o artigo 162, I, todos, da Lei 5.172/66.

O fisco demonstrou, conforme consta do REFISC, de fls. 59 a 64, nos termos que ali estão descritos, que a empresa contratou serviços mediante a cessão de mão de obra sem a comprovação dos recolhimentos.

A diligência fiscal é procedimento regular e normal previsto na legislação que visa esclarecer eventuais dúvidas e constitui-se em meio de prova à disposição do julgador, não havendo violação ao artigo 142, da Lei 5.172/66 a sua realização no curso do processo administrativo fiscal, pois isso é uma de suas funções.

Pode-se verificar do Relatório de Lançamentos – RL, de fls 50, no que tange ao levantamento WH – WH ENGENHARIA, não existe na competência 06/2001 a inclusão de tal nota no lançamento, pois o valor R\$ 1.377,86 não está listado na competência.

Processo nº 37216.000666/2006-46
Acórdão n.º 2202-003.168

S2-C2T2
Fl. 1.136

Emissão: 04/07/2005 Consolidado em: 02/06/2005

Papel de Trabalho: WH - WH ENGENHARIA				
Estabelecimento: 02.773.629/0001-08 - XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA				
Competência: 09/2000				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	778,03	100,00	778,03	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			778,03	
Competência: 10/2000				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	778,03	100,00	778,03	
RMT Contr cessão de mo, tomador	448,64	100,00	448,64	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			1.226,67	
Competência: 11/2000				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	778,03	100,00	778,03	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			778,03	
Competência: 12/2000				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	778,03	100,00	778,03	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			778,03	
Competência: 01/2001				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	778,03	100,00	778,03	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			778,03	
Competência: 05/2001				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	170,04	100,00	170,04	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			170,04	
Competência: 06/2001				
Lançamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	133,89	100,00	133,89	
RMT Contr cessão de mo, tomador	246,28	100,00	246,28	
RMT Contr cessão de mo, tomador	1.547,89	100,00	1.547,89	
RMT Contr cessão de mo, tomador	3.313,96	100,00	3.313,96	
RMT Contr cessão de mo, tomador	5.741,96	100,00	5.741,96	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			10.983,98	

Dessa forma, a alegação é desprovida de fundamentos.

No que se refere ao levantamento MAN – MANSERV MONTAGENS, Relatório de Lançamentos – RL, de fls 44 a 45, verifica-se que o valor de R\$ 8.435,87 não consta em relação a competência 07/2001, bem como as competências 11/2001 e 12/2001 não fazem parte do levantamento, o mesmo verificando-se no DAD, de fls. 17.

Processo nº 37216.000666/2006-46
Acórdão n.º 2202-003.168

S2-C2T2
Fl. 1.137

Papel de Trabalho: MAN MANSERV MONTAGENS

Estabelecimento: 02.773.629/0001-08 - XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Competência: 04/2001

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	9.771,07	100,00	9.771,07	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			9.771,07	

Competência: 05/2001

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	10.855,49	100,00	10.855,49	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			10.855,49	

Competência: 06/2001

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	11.759,86	100,00	11.759,86	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			11.759,86	

Competência: 07/2001

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	45,00	100,00	45,00	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			45,00	

Emissão: 04/07/2005 Consolidado em: 02/06/2005

Papel de Trabalho: MAN MANSERV MONTAGENS

Estabelecimento: 02.773.629/0001-08 - XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Competência: 08/2001

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	3.615,17	100,00	3.615,17	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			3.615,17	

Competência: 09/2001

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	9.946,14	100,00	9.946,14	
RMT Contr cessão de mo, tomador	100,21	100,00	100,21	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			10.046,35	

Estabelecimento: 02.773.629/0033-87 - XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

Competência: 03/2002

Laçamentos	Vir. Lançado	Taxa %	Vir. Aprop.	Observação
RMT Contr cessão de mo, tomador	10.424,31	100,00	10.424,31	
Total aprop. no Item: 10 - Ret Nota Fiscal			10.424,31	

Dessa forma, a alegação em relação as competências 07/2001; 11/2001 e 12/2001 é desprovida de fundamentos.

Verifica-se, ainda, em relação ao levantamento MAN – MANSERV MONTAGENS, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 983 e 984, que as competências 04/2001 e 06/2001 não fazem mais parte do levantamento, observe-se a imagem do relatório.

Levantamento:	MAN- MANSERV MONTAGENS		FPAS: 5150	Tipo de Débito:	
Competência:	05/2001		Terceiros:	Moeda Originária: Reais	
BASE DE CÁLCULO:	ORIGINAL	EXCLUÍDO		SALDO	
RUBRICAS ALIQUOTA	ORIGINAL	EXCLUÍDO		SALDO	FLeg
10 Ret Nota Fisca	10.855,49			10.855,49	226.01
TOTAL LÍQUIDO:	10.855,49			10.855,49	

Processo nº 37216.000666/2006-46
Acórdão n.º 2202-003.168

S2-C2T2
Fl. 1.138



DADR - DISCRIMINATIVO ANALÍTICO DO DÉBITO RETIFICADO

AI 35.804.517-7

Pág.: 7

Emissão: 03/12/2012

Consolidado em: 02/06/2005

Estabelecimento: 02.773.629/0001-08					
Levantamento: MAN- MANSERV MONTAGENS		FPAS: 5150		Tipo de Débito:	
Competência: 07/2001		Terceiros:		Moeda Originária: Reais	
BASE DE CÁLCULO:		ORIGINAL	EXCLUÍDO	SALDO	
RUBRICAS	ALÍQUOTA	ORIGINAL	EXCLUÍDO	SALDO	FLeg
10 Ret Nota Fisca		45,00		45,00	226.01
TOTAL LÍQUIDO:		45,00		45,00	
Competência: 08/2001		Terceiros:		Moeda Originária: Reais	
BASE DE CÁLCULO:		ORIGINAL	EXCLUÍDO	SALDO	
RUBRICAS	ALÍQUOTA	ORIGINAL	EXCLUÍDO	SALDO	FLeg
10 Ret Nota Fisca		3.615,17		3.615,17	226.01
TOTAL LÍQUIDO:		3.615,17		3.615,17	
Competência: 09/2001		Terceiros:		Moeda Originária: Reais	
BASE DE CÁLCULO:		ORIGINAL	EXCLUÍDO	SALDO	
RUBRICAS	ALÍQUOTA	ORIGINAL	EXCLUÍDO	SALDO	FLeg
10 Ret Nota Fisca		100,22		100,22	226.01
TOTAL LÍQUIDO:		100,22		100,22	

Dessa forma, a alegação em relação as competências 04/2001 e 06/2001, também, é desprovida de fundamentos.

A possibilidade de retificação do crédito não leva a sua iliquidez e incerteza muito pelo contrário o expurgo de valores indevidos no curso do PAF garantem a liquidez e certeza do crédito.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para afastar a preliminar suscitada e no mérito negar-lhe provimento, tendo em vista que as alegações da recorrente não encontram suporte fático ou jurídico.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.