



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

Processo nº 10665.003520/2008-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.861 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de setembro de 2017
Matéria contribuição previdenciária
Recorrente CARMAC – CARVOARIA MARTINHO CAMPOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

MULTA GFIP FALTA DE ELABORAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS
TOMADORES DE SERVIÇO.

Pelas provas dos autos constatado que o trabalho é de empreitada e não de cessão de mão de obra deve ser afastada a aplicação da multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Votou pelas conclusões o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

assinado digitalmente

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

EDITADO EM: 11/10/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

1- Trata-se de Recurso Voluntário (fls.83/96), todas as folhas serão mencionadas pelo seu arquivo PDF, interposto pelo contribuinte contra a R. decisão da DRJ-BHE (fls. 70/75) que julgou improcedente sua Impugnação ao lançamento Auto de Infração — DEBCAD nº 37.024.404-4, lavrado em face do contribuinte acima identificado.

2 – Adoto inicialmente como complemento ao relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ/BHE (fls. 117/122) por sua precisão e clareza:

De acordo com o descrito no Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 06/07), trata-se de infração ao artigo 32, inciso IV, da Lei 8.212, de 24/07/91, na redação dada pela Medida Provisória 449, de 04/12/2008, combinado com o artigo 219, parágrafo 5º do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999, por ter a empresa deixado de elaborar Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações a Previdência Social – GFIP distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil das empresas contratantes dos serviços, tendo apresentado GFIP com código de recolhimento 115, quando o correto era ter apresentado no código de recolhimento 150 com os respectivos tomadores de serviço.

Foi aplicada penalidade no valor de R\$1.254,89, de acordo com o previsto nos artigos 92 e 102 da Lei 8.212/91 e no artigo 283, caput, § 3º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, atualizada de acordo com a Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11/03/2008.

A fiscalização informa que não ocorreram as circunstâncias agravantes previstas no artigo 290 do RPS e nem a atenuante prevista no artigo 291 do mesmo Regulamento.

O Auto de Infração - AI foi lavrado em 19/12/2008, tendo a autuada dele tomado conhecimento em 23/12/2008, conforme atesta a assinatura de seu representante legal, à fl. 01. O sujeito passivo apresentou defesa protocolizada em 22/01/2009 (fls. 15/28), que contém em síntese:

- Alega preliminarmente, que somente pode se aplicar pena através de lei em sentido formal e material. Com base nisso, as multas fiscais moratórias ou por infração não podem ser veiculadas por instrumentos normativos diferentes das leis. Sendo assim, requer que o Auto de Infração em epígrafe seja anulado e a multa aplicada cancelada. Cita legislação e doutrina.

- Argumenta que não há nos autos qualquer elemento que conduza a interpretação de que a impugnante efetua cessão de mão-de-obra e que essa acusação não consta dos autos.

- Aduz que atendendo ao princípio da eventualidade jurídica, caso houvesse a cessão de mão-de-obra, para GFIP mencionadas no Auto de Infração o erro seria de código de recolhimento.

- Lembra que tal erro é passível de acontecer no decorrer da fiscalização, no entanto, devido a problemas com o sistema gerador da folha de pagamento, não foi possível fazer a devida correção na GFIP, sem prejudicar outras informações já prestadas.

- Pede que a multa aplicada seja relevada, ou na pior das hipóteses reduzida, considerando que o fato de empresa deixar de entregar GFIP distinta não trouxe prejuízo nem para a fiscalização e nem para os funcionários, e considerando também, a ausência de circunstâncias agravantes e a existência de circunstâncias atenuantes. Cita jurisprudência.

- Ciente de que o artigo 291 do Regulamento da Previdência foi revogado, mesmo assim, pede a aplicação de tal dispositivo por ser mais benéfico.

- Informa que o auditor recebeu em meio magnético a versão corrigida, e que todas as solicitações do Auditor fiscal foram prontamente atendidas.

- Requer a produção de prova pericial, documental e diligências a fim de se demonstrar os fatos alegados e que as intimações sejam endereçadas a Leonardo de Lima Naves, OAB/MG 91.166, com endereço na rua Sergipe nº 925, 3º andar, Bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG – CEP 30.131-171.

Por meio dos documentos de fls. 37/49, foram efetuados procedimentos visando sanear o processo. O contribuinte apresentou instrumento de procuração, contrato social, Aviso de Recebimento e documentos dos sócios.

Conforme despacho de fl. 52, o processo foi baixado em diligência para que a fiscalização comprovasse a ocorrência de cessão de mão-de-obra, emitindo relatório complementar, com reabertura de prazo de 30 dias para manifestação do contribuinte.

Foi elaborado Relatório Fiscal Complementar, fls. 54/55, onde foi anexado cópia do contrato de prestação de serviços com a empresa CAF Santa Bárbara Ltda., CNPJ 20.771.747/0001-50.

A empresa teve ciência da diligência em 10/08/2010, cópia do Aviso de Recebimento à fl. 63, porém, não manifestou sobre a mesma (despacho de fl. 64).

3 - A decisão da DRJ/BHE julgou improcedente a Impugnação do contribuinte, conforme decisão ementada abaixo:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS**Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006****GFIP. ELABORAR SEM DISTINÇÃO DE ESTABELECIMENTO DAS EMPRESAS TOMADORAS DE SERVIÇOS.**

Elaborar, a empresa cedente de mão-de-obra, GFIP sem distinção de cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviços, caracteriza infração à legislação previdenciária.

Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido**

4 - Cientificados da decisão de piso (fls. 79/80) em 02/12/2010, o contribuinte interpôs recurso voluntário às fls. (83/96) mantendo praticamente os mesmos argumentos da impugnação e ao final requer o provimento do recurso com o cancelamento do auto de infração.

5- É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

6 – O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

7 – O presente AI 37.024.404-4 tem por objeto a infração ao artigo 32 da Lei IV § 1º da Lei 8.212/91 c/c art. 219 § 5º do RPS, em vigor na época dos fatos, e assim descritos no relatório fiscal de fls. 07:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

§ 1º O Poder Executivo poderá estabelecer critérios diferenciados de periodicidade, de formalização ou de dispensa de apresentação do documento a que se refere o inciso IV, para segmentos de empresas ou situações específicas.(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

(RPS)

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 5º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

Relatório Fiscal

1. CAPITULAÇÃO LEGAL: Artigo 32, Inciso IV, § 1º da Lei 8212/91, combinado com art 219, § 5º do Decreto 3048/99 (Regulamento da Previdência Social – RPS).
2. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DA INFRAÇÃO: Deixar a empresa, cedente de mão-de-obra de elaborar GFIP distinta para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço, a partir de 07.05.99.
3. INFRAÇÃO: A empresa estava sob auditoria fiscal no período de 01/2004 a 12/2006 e foi autuada, por no curso desta ação fiscal, ter apresentado GFIP com código de recolhimento 115, quando o correto era ter apresentado o código de recolhimento 150 com os respectivos tomadores de serviço.
4. A multa a ser aplicada é a prevista no artigo 92 e 102 da Lei 8.212/91 e artigo 283, caput, § 3º. do Regulamento Previdência Social, sendo a multa a partir de R\$1.254,89 de acordo com artigo 8º, V da Portaria Interministerial MPS/MF 77 de 11/03/2008, publicada no D.O.U (Diário Oficial da União) em 12/03/2008, com vigência a partir de 01/03/2008.

8 – A DRJ baixou os autos em diligência às fls. 57 para:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra o contribuinte em epígrafe, por ter deixado de elaborar GFIP distinta para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

Em sua defesa o contribuinte alega que não há nos autos qualquer elemento que conduza a interpretação de que o impugnante efetuava cessão de mão-de-obra.

Assim, sugiro o encaminhamento do presente processo ao Auditor autuante para que o mesmo comprove a ocorrência de cessão de mão-de-obra, emitindo relatório complementar, com reabertura de prazo de 30 (trinta) dias para manifestação do contribuinte, após o que, havendo ou não manifestação, o processo deverá retornar a essa DRJ para fins de julgamento.

9 – No relatório complementar de fls. 59/60 a autoridade lançadora descreve novamente os fatos:

6. ANEXOS: Cópias do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF onde constam as solicitações ensejadoras da lavratura deste Auto de Infração. **Também está anexa a este relatório fiscal cópia de contrato de prestação de serviços com a empresa CAF SANTA BARBARA LTDA, CNPJ 20.771.747/0001-50, onde a empresa autuada neste auto de infração tem obrigação de manter, controlar o pessoal sob sua responsabilidade para produzir carvão para a empresa contratante conforme contrato de prestação de serviços.** Estas cópias constam da 1ª via do processo, haja vista a empresa ter a posse das 2ª vias dos referidos documentos.

10 – Pela análise do contrato indicado às fls. 61/66 entendo que não estão presentes os requisitos da cessão de mão de obra. Vejamos a respeito os termos da OS 209/99 e art. 115 da IN 971/09 que traz o conceito de mão de obra:

1. Entende-se por CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA, a colocação à disposição da contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação.

1.1. Ocorre a colocação nas dependências de terceiros quando a empresa contratada aloca o segurado cedido em dependências determinadas pela empresa contratante, que não sejam pertencentes àquela ou a esta.

1.2. Serviços contínuos são aqueles que se constituem em necessidade permanente do contratante, ligados ou não a sua atividade fim, independente de periodicidade. (grifei)

Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

11 – Para caracterização da cessão de mão de obra, portanto, necessário que haja, à disposição da empresa contratante, da mão de obra dos empregados da empresa contratada, para a consecução de tarefas de exclusivo interesse daquele, efetuando o tomador o gerenciamento desses obreiros em sua atividade ou não.

12 – Pela análise do contrato que serviu de base de prova para a imputação da infração ao contribuinte de fls. 61/66 verifico que estão presentes os termos do contrato de empreitada a teor da mesma OS 209/99 e pelo Art. 116 da IN nº 971/2009:

3. EMPREITADA é a execução de tarefa, obra ou serviço, contratualmente estabelecida, relacionada ou não com a atividade fim da empresa contratante, nas suas dependências, nas da contratada ou nas de terceiros, tendo como objeto um fim específico ou resultado pretendido.

Art. 116. Empreitada é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por preço ajustado, com ou sem fornecimento de material ou uso de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros ou nas da empresa contratada, tendo como objeto um resultado pretendido.

13 – Abaixo a indicação de algumas cláusulas que sugerem essa interpretação para o contrato de empreitada:

PRIMEIRA - OBJETO

- 1.1 - É objeto do presente contrato a produção de 12.600 m³ (doze mil e seiscentos metros cúbicos) de carvão vegetal de tocos, no local denominado Euriti Grande, no município de Martinho Campos, MG.
- 1.2 - Compõem esses serviços de produção de carvão todas as operações necessárias ao seu resultado final (colheita dos tocos, transporte, enfiamento, carbonização, descarga dos fornos e demais operações necessárias à sua consecução)

TERCEIRA - PRAZO

A vigência deste contrato será de 9 (nove) meses, tendo início em 01 de março de 2006 e término em 30 de novembro de 2006.

QUARTA - PREÇO E FORMA DE PAGAMENTOS**4.1 Operação**

Operação	Unidade	Quantidade	Valor unitário (R\$)
PRODUÇÃO DE CARVÃO DE TOCO	M³	12.600	R\$37,69

4.1.1 - A base de cálculo para fins de pagamento será o volume do carvão medido e efetivamente recebido pela CAF na praça da carvoaria.

4.2.2 - Nos preços citados no *item 4.1*, estão incluídos todos os materiais, custos da mão-de-obra, incluindo encargos sociais, trabalhistas e previdenciários, transportes dos funcionários, alimentação, equipamentos de proteção individual (EPI's), uniformes, veículos, instalações e equipamentos industriais, incluindo o custo de operação e manutenção, despesas administrativas, demais despesas diretas e indiretas, incluindo todas aquelas decorrentes das obrigações e responsabilidades, bem como todos os impostos e taxas incidentes, necessários à execução dos serviços contratados.

6.7.1 Dos valores estipulados neste contrato, 50% (cinquenta por cento) se referem a máquinas, veículos, instalações, semoventes, materiais, equipamentos, combustíveis e sua respectiva manutenção, e os outros 50% (cinquenta por cento) à mão-de-obra.

6.10 Caberá à CONTRATADA manter vigias próprias em toda a área de execução dos serviços, às suas expensas, de forma a evitar furtos e roubos de suas ferramentas, equipamentos, materiais, desonerando à CAF de qualquer responsabilidade a respeito.

6.11 Será de inteira responsabilidade da CONTRATADA a guarda e o manejo adequado de todo o carvão, desde a sua efetiva produção até seu armazenamento na praça da carvoaria, ou a sua entrega na usina de destino, respondendo por sua perda parcial ou total, furto, roubo ou danos. A CAF será indenizada por todo o prejuízo apurado, mediante dedução dos créditos da CONTRATADA, imediatamente subsequentes ao ocorrido.

6.12 A CONTRATADA se obriga, às suas exclusivas expensas, a cobrir com lona apropriada o carvão depositado na praça da carvoaria para evitar a umidade do mesmo.

NONA - POSSE PRECÁRIA DOS TERRENOS

Por força da natureza dos serviços ora contratados, a CAF concede à CONTRATADA a posse precária dos locais onde os mesmos serão executados, devendo a CONTRATADA protegê-los, às suas expensas, contra invasões e turbacões.

14 – A respeito da matéria decisão do E. STJ, sem grifos no original, de elaboração do saudoso Min. Teori Zavascki:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS.

RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF.

2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros.

3. Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 488.027/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2004, DJ 14/06/2004, p. 163)

15 – Portanto, não há que se falar em cessão de mão de obra, e muito menos infração ao artigo 32 da Lei IV § 1º da Lei 8.212/91 c/c art. 219 § 5º do RPS uma vez que se trata de contrato de empreitada e portanto, foge da presente autuação o elemento do fundamento necessário para sua subsistência, devendo ser anulada.

Conclusão

Processo nº 10665.003520/2008-70
Acórdão n.º **2201-003.861**

S2-C2T1
Fl. 99

16 - Diante de todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário e provê-lo para dar provimento ao recurso voluntário.

assinado digitalmente

Marcelo Milton da Silva Risso – Relator