



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

Processo n° 10980.009748/2007-10
Recurso n° 247692 Voluntário
Acórdão n° **2301-002.333 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria Cessão de mão de obra: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral.
Recorrente BRASILSAT LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de Apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

DECADÊNCIA. PRAZO PREVISTO NO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN.

Aplica-se o art. 150, §4° do CTN quando verificado que o lançamento refere-se a descumprimento de obrigação tributária principal, houve pagamento parcial das contribuições previdenciárias no período fiscalizado e inexistente fraude, dolo ou simulação.

RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA OU EMPREITADA. NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO OU DA SUBORDINAÇÃO.

As empresas tomadoras de serviços mediante empreitada ou cessão de mão de obra encontram-se obrigadas a reter e a recolher 11% do valor da nota fiscal (art. 31 da Lei n° 8.212/1991).

Para que o serviço se enquadre como cessão de mão-de-obra, é necessário que seja prestado em caráter contínuo (necessidades contínuas da empresa), com subordinação das pessoas físicas prestadoras a tomadora dos serviços e que esteja expressamente arrolado no rol previsto no art. 31, §4° da Lei n° 8.212/1991 ou do art. 219, §2° do Decreto n° 3.048/1999, sem o que não lhe será aplicado o regime jurídico previsto no *caput* do art. 31 da Lei n° 8.212/1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/10/2011 por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Assinado digitalmente em 20/10/2011 por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Assinado digitalmente em 16/12/2011 por MARCELO OLIVEIR

A

Impresso em 28/02/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em negar provimento ao recurso.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros MARCELO OLIVEIRA (Presidente), ADRIANO GONZÁLES SILVÉRIO, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, MAURO JOSE SILVA, LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, lavrada em 27/12/2006, em desfavor de BRASILSAT LTDA, sob o fundamento de que esta teria deixado de reter e recolher o montante correspondente a 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal de serviços tomados de diversas empresas.

Narra o Relatório Fiscal de fls. 375/395 que foram prestados mensalmente serviços a ora Recorrente, no período de fevereiro/1999 a dezembro/2004, através de cessão de mão de obra, na área de vigilância e empreitada na construção de Estações de Rádio Bases, bem como parcelas relativas à retenção de serviços de construção civil realizados nos escritórios na Bahia, São Paulo, Curitiba e anexo do Presídio de Araraquara, enquadrando-os na hipótese prevista no art. 31 e parágrafos da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 9.711/98 e art. 219 e parágrafos do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Por constituir grupo econômico, as empresas Brasilsat Harald S/A, Duomo Administradora de Hotéis Ltda. e Bristur Administração de Hotéis e Condomínios Ltda. são solidariamente responsáveis pelo débito objeto da presente notificação nos termos do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, e do art. 222 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Inconformadas, a ora Recorrente BRASILSAT LTDA e as empresas integrantes do grupo econômico, BRASILSAT HARALD S/A, BRISTUR ADMINISTRAÇÃO DE HOTÉIS E CONDOMÍNIOS LTDA e DUOMO ADMINISTRADORA DE HOTÉIS LTDA, ofereceram Impugnação de fls. 938/969; 983/1.014; 1.027/1.058 e 1.067/1.098, respectivamente, tendo sido proferido acórdão de fls. 1.110/1.1128, que julgou procedente o lançamento, conforme se pode observar da ementa a seguir transcrita:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONSTRUÇÃO CIVIL. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO 11%.

A empresa tomadora de serviços mediante empreitada de mão de obra na construção civil obriga-se a reter 11% do valor da nota fiscal e a recolher a importância à previdência social em nome da empresa cedente de mão de obra. Considera-se obra de construção civil qualquer benfeitoria agregada ao solo ou subsolo ou obras complementares que integrem esse conjunto.
LANÇAMENTO PROCEDENTE.

A ora Recorrente BRASILSAT LTDA apresentou Recurso Voluntário de fls. 1.143/1.188, alegando, em síntese que:

- a) de acordo com o art. 150, §4º do CTN, o prazo para constituição das contribuições previdenciárias é de 5 (cinco) anos a partir do fato gerador, razão pela qual os débitos compreendidos na presente notificação encontram-se parcialmente decaídos;
- b) estão obrigados à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal apenas os contratantes de serviços executados mediante cessão de mão de obra, conforme dispõe o art. 31, §3º, da Lei nº 8.212/91, o que não ocorre no caso dos autos, tendo em vista que além de não haver cessão de mão de obra, as empresas contratadas são optantes pelo SIMPLES;
- c) no momento da apuração do débito previdenciário, os auditores efetivaram a compensação entre o valor apurado e os valores que são objetos do pleito de restituição, entretanto tais valores são incertos e não são líquidos, de modo que deve ser reconhecida a impossibilidade da compensação levado a efeito pela autoridade fiscal.

Vieram os autos a este Conselho por meio de Recurso Voluntário.

Sem Contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso e passo ao seu exame.

Do Mérito

Da Decadência

Tendo sido argüida, em via recursal, a decadência dos débitos compreendidos no presente lançamento, constata-se que parcela deles foi atingida pelo inegável decurso do prazo decadencial previsto em lei para a cobrança de valores relativos às contribuições previdenciárias.

No caso em apreço, o lançamento foi realizado enquanto vigorava os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, segundo os quais os prazos decadencial e prescricional das contribuições previdenciárias seria de 10 anos.

Ocorre que, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12.06.2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal–STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais aqueles dispositivos legais e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A da Constituição Federal - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Lei nº 11.417, de 19/12/2006 - Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o

cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

(...)

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

Temos que a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficaram obrigados a acatar a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o art. 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplica ao caso concreto, uma vez que existem duas regras, aparentemente conflitantes, dispondo sobre a decadência de créditos tributários, tomando a primeira como termo inicial o pagamento indevido (art. 150, §4º), e a segunda o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173, I). Cumpre transcrever os referidos dispositivos legais:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Harmonizando os referidos dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu a aplicação do art. 173 para os casos em que o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação:

- 1) Quando não tiver havido pagamento antecipado;
- 2) Quando tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação;

3) Quando não tiver havido declaração prévia do débito.

Cumpra transcrever o acórdão prolatado em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

4. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

5. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

No voto lavrado no referido REsp 973.733/SC, foi transcrito entendimento firmado em outro julgamento (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 25.02.2008), que limitam a aplicação do art. 150, §4º do CTN às hipóteses que tratam de tributo sujeito a lançamento por homologação, “quando ocorrer pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias”.

No caso dos autos, não é possível se verificar se houve pagamento parcial dos tributos, pois a fiscalização não faz referência a tal fato. Tampouco existem outros elementos que possam levar à conclusão adversa – não existem, por exemplo, outros autos de infração atualmente distribuídos a este relator.

Deste modo, deve ser presumida a ocorrência do pagamento parcial das contribuições previdenciárias, uma vez que tal omissão nos autos não pode ser analisada contrariamente ao contribuinte.

Ademais, não tendo sido constatado dolo, fraude, ou simulação na conduta da Recorrente, verifica-se circunstância necessária à aplicação do art. 150, §4º do CTN e, conseqüente, afastamento do seu art. 173, I.

Desta feita, considerando que a consolidação do crédito previdenciário se deu em 27/12/2006 e que a autuação abrange fatos geradores ocorridos entre 02/1999 a 12/2004, tenho como certo que estão decaídas as competências de 02/1999 a 11/2001, isto é, anteriores a dezembro/2001.

Da obrigação da empresa de reter 11% sobre o valor pago em cessão de mão de obra

O contribuinte, em suas razões recursais, se insurge contra a retenção de 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão de obra a que se refere o art. 31 da Lei 8.212/91, alegando, inclusive, que impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, o qual fora julgado em seu favor.

Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, a liminar judicialmente concedida afastou a sistemática de recolhimento por retenção prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/1991 pela Brasilsat na qualidade de prestadora de serviços, ou seja, nas hipóteses em que prestasse os serviços mediante cessão de mão de obra em que não houvesse subordinação entre os seus funcionários e a empresa contratante.

Ocorre que, no caso dos autos, a autuação decorre do descumprimento pela empresa da obrigação acessória de reter e recolher dos seus prestadores de serviços a contribuição previdenciária referente aos 11% (onze por cento). Em outras palavras, a empresa foi autuada por não cumprir com a obrigação tributária que lhe fora imposta por ser tomadora de serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada, hipótese diversa da debatida no mandado de segurança em comento.

A decisão judicial abrange a sua condição de sujeito passivo da contribuição previdenciária, quando sofre a retenção do tributo de forma antecipada, na alíquota de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura por ela emitida, posteriormente utilizando o valor como crédito para abater do montante total da contribuição devida.

O caso dos autos, por outro lado, refere-se à condição de responsável tributário, em que apenas tem a obrigação de reter e recolher os valores devidos pelos contribuintes (prestadores dos serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada).

Na condição de tomadora dos serviços, não há qualquer decisão judicial que lhe seja favorável e que a dispense de efetivar a retenção e o recolhimento dos 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura dos serviços que lhe sejam prestados, ou seja, inexistente decisão judicial que lhe afaste a obrigação imposta pelo art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

O fato de o mandado de segurança afastar a obrigação de retenção dos 11% sobre o valor da nota ou fatura emitida pela Recorrente, quando não houver colocação dos seus funcionários nas dependências do tomador dos serviços, não beneficia empresas que não integraram o pólo ativo da demanda, pois os efeitos do mandado de segurança, como em qualquer outra ação judicial, limita-se às partes envolvidas (impetrante e impetrado).

Ainda que a situação debatida no mandado de segurança seja idêntica a que ora se analisa, não se pode perder de vista que a decisão judicial destinou-se a afastar uma obrigação legalmente imposta, o que não pode ser feita por este órgão administrativo. Somente por uma decisão judicial específica para os prestadores de serviços à ora Recorrente é que seria afastada a obrigação de reter-lhes o percentual correspondente aos 11% do art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

Por essa razão, a Recorrente está obrigada a reter e recolher o valor correspondente ao percentual de 11% (onze por cento), objeto da presente notificação, haja vista a empresa na posição de tomadora de serviço ser responsável com exclusividade pelo recolhimento da contribuição previdenciária referente aos 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal ou fatura.

Destarte, sendo perfeitamente aplicável a norma contida no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, cabe analisar se a hipótese dos autos enquadra-se no dispositivo legal, isto é, se efetivamente houve prestação de serviços por cessão de mão de obra ou empreitada.

Entende-se por cessão de mão de obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não à atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação (art. 31, §3º da Lei nº 8.212/1991).

A empreitada de mão de obra, por sua vez, é a prestação de serviços em que há um resultado específico pretendido.

Ambos os casos de cessão de mão de obra e de empreitada dão ensejo à retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, sendo que para o primeiro caso a Lei exige que a mão de obra seja colocada nas dependências da tomadora dos serviços ou de terceiros, o que não ocorre com a empreitada. Tal interpretação pode ser extraída do texto legal:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

*§3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem **serviços contínuos**, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.*

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Sobre o tema, cumpre transcrever as lições do mestre Fábio Zambitte Ibrahim:

A empreitada é a locatio operis, contratação na qual as partes visam a uma tarefa ou obra em sentido amplo, não se restringindo à construção civil. A mão de obra é mero meio de se atingir o fim desejado pelas partes.

(...)

Observe-se, ainda, que a cessão de mão de obra, para tomar lugar, requer o efetivo deslocamento de mão de obra, para a localidade do tomador ou para terceiros. (...)

Já para a empreitada, pouco importa a localização do serviço.

Pois bem. O contribuinte em sede de recurso aduz que os serviços contratados por ele não se enquadrariam no conceito de construção civil, e, por consequência, no de empreitada de mão de obra referida no art. 31, §4º, inciso III do art. 31 da Lei 8.212/91, motivo pelo qual estaria desobrigado à retenção.

Para dirimir a controvérsia em discussão, é necessário, inicialmente, verificar se o serviço apresenta as características apontadas no §3º supra transcrito, isto é, se foi prestado em caráter contínuo, se se encontra arrolado nas hipóteses previstas no art. 31 da Lei ou no RPS e se foi colocada à disposição do contratante, submetida ao poder de comando deste.

Diz-se contínuo o serviço de que a empresa depende constantemente, de modo que a mão-de-obra empregada não será utilizada apenas um vez. Isso não significa que para a configuração da continuidade a mesma empresa terá que ser constantemente contratada,

tampouco que sejam os mesmos funcionários a prestar os serviços. A continuidade indicada é a do próprio serviço, não a do prestador ou do trabalhador, razão pela qual podem ser, por exemplo, efetuadas trocas do próprio prestador ou dos trabalhadores envolvidos, desde que seja mantido, na essência, o serviço anteriormente prestado, restando caracterizada, portanto, a continuidade legalmente exigida.

O caráter contínuo, portanto, deve ser analisado sob a ótica da empresa, se os serviços prestados importam para o desenvolvimento da sua atividade.

A subordinação, por sua vez, ocorre quando o contratante possui vínculo, ainda que indireto, com o efetivo prestador (pessoa física), submetendo-o às suas ordens quanto ao modo de executar o serviço. Em outras palavras, existe subordinação quando o tomador dos serviços é que orienta a atuação do prestador.

No caso concreto, contudo, verifica-se que as empresas foram contratadas pela ora Recorrente para prestar serviços de montagem de equipamentos, instalações elétricas, engenharia e segurança eletrônica, conforme discriminativo relacionado na planilha anexa à Notificação Fiscal (fls. 396/421).

Da análise de todos os períodos e contratos efetuados, verifica-se que nenhum deles foi prestado em caráter contínuo, tendo sido destinados ao atendimento de uma necessidade específica da empresa para determinado momento, o que afasta um dos elementos imprescindíveis para a configuração da cessão de mão-de-obra.

Além disso, também em razão da especificidade dos serviços, não se verifica subordinação entre os funcionários designados pelas prestadoras dos serviços e a ora Recorrente, inexistindo, portanto, outro requisito necessário à aplicação do art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

Afastada, portanto, a cessão de mão-de-obra, derruba-se o fundamento fático para a presente autuação, razão pela qual deve ser dado provimento ao presente Recurso Voluntário.

Da Conclusão

Em virtude do exposto, conheço do Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE TOTAL PROVIMENTO.

É como voto.

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator

Processo nº 10980.009748/2007-10
Acórdão n.º **2301-002.333**

S2-C3T1
Fl. 2.179

CÓPIA