



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

Processo nº 11474.000127/2007-53
Recurso nº 248.490 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.034 – 3ª Turma Especial
Sessão de 26 de abril de 2010
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. ORGÃOS PÚBLICOS.
Recorrente ESTADO DE SANTA CATARINA - FUNDO ESTADUAL DE SAÚDE
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO EM FLORIANÓPOLIS-SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2001 a 01/03/2005

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SERVIÇOS DE DEDETIZAÇÃO E DESRATIZAÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ATIVIDADE INEXISTENTE NO ROL DO § 2º DO ARTIGO 219, DO DECRETO 3.048/99. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS SERVIÇOS SUJEITOS À RETENÇÃO POR ATO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e no mérito dar provimento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente


EDUARDO DE OLIVEIRA – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Vera Kempers de Moraes Abreu (Suplente), Gustavo Vettorato, Helton Carlos Praia de Lima (Presidente).

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD tem por objeto as contribuições sociais previdenciárias destinadas ao custeio da Seguridade Social. O período de apuração compreende as competências 08/2001 a 12/2004, conforme relatório fiscal, de fls. 34 a 38.

A notificada apresentou sua primeira impugnação administrativa, em 20/01/2006, fls. 57 a 70, sendo esta considerada intempestiva, fls. 145, uma vez que o contribuinte foi cientificado da NFLD, em 04/01/2006, fls. 56, e, em 20/01/2006, protocolizou a impugnação, fls. 57.

Porém a Seção do Contencioso Administrativo Previdenciário – SACAP, as fls. 146, exarou despacho onde reconhece que a cientificação não se deu no representante legal da pessoa jurídica fiscalizada. Ato contínuo determinou à Seção de Fiscalização que promovesse nova cientificação e identificou seu destinatário.

A Seção de Fiscalização promoveu a nova cientificação, em 25/09/2006, fls. 148 e 149, com a reabertura do prazo de defesa.

O sujeito passivo apresentou, em 02/10/2006, nova impugnação, as fls. 150 a 166, sendo esta considerada tempestiva, fls. 243 e 244.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis-SC, em 15/06/2007, prolatou o Acórdão 07-9.945 – 5ª Turma, fls. 252 a 256, no qual considerou o lançamento procedente em parte, pois apenas com a vigência da IN - INSS 100/2003 e até edição da IN SRP 03/2005, os serviços de desratização e dedetização tornaram-se, sujeitos à retenção.

O contribuinte foi cientificado de tal acórdão, em 25/07/2007, fls. 258 e 332, interpondo seu Recurso Voluntário, em 21/08/2007, fls. 260 a 277, tendo assim resumidas suas alegações.

- O lançamento foi feito de forma arbitrária e unilateralmente pela fiscalização, sendo a base de cálculo definida por arbitramento;
- Que na determinação da contribuição a cargo dos segurados aplicou-se determinado percentual no salário de contribuição arbitrado;
- O que resulta na ilegalidade, impropriedade da base de cálculo e na iliquidez do lançamento;
- Que a base de cálculo foi efetuada de ofício, por arbitramento, aferição indireta, sendo que está só é possível se houver omissão, fraude ou, simulação, só cabendo aferição quando a contabilidade não merecer fé; que os registros do Estado por serem atos administrativos gozam da presunção de legalidade, só podendo ser desconstituídos via prova robusta;
- Que não se pode presumir pela inexistência da retenção por falta de comprovação de sua ocorrência, que estas deveriam ser presumidas feitas e não o contrário, apenas em razão de falta de sua comprovação;

- Que a notificação é nula, pois baseados em dados inconsistentes, uma vez que no anexo I relaciona vários recolhimentos que haviam sido efetuados, mas foram considerados débitos;
- Que as fiscalizações deveriam ser efetuadas primeiras nas empresas privadas e só depois no Estado, o que faz com que as bases de cálculo sejam impróprias e levem a iliquidez do crédito, tornando-o nulo;
- Que o Estado não pode ser considerado responsável solidário. Que a NFLD combatida está fundada em incorreta aplicação do artigo 71, da Lei 8.666/93. Que o Estado apresentou as CND da empresa ASA no período do contrato o que prova a quitação dos encargos.
- Inexistência do fato gerador em razão da não contratação de serviços a serem realizados com a cessão de mão de obra, uma vez que esta é caracterizada pela realização de serviços contínuos, nas suas dependências ou de terceiros, com a transferência parcial da subordinação para a contratante.
- Que os serviços de dedetização e desratização não estão relacionados no Decreto 3.048/99. Que estes serviços são prestados por agendamento e não são contínuos, incluindo mão de obra, materiais e equipamento, o que descaracteriza a cessão.
- Que a notificação deve ser anulada, pois não resta caracterizada a cessão de mão de obra.
- Conclui pedindo: a) recebimento e provimento do recurso; b) e que após reexame seja a notificação cancelada.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro EDUARDO DE OLIVEIRA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme consulta ao site dos Correios, de fls. 332, objeto entregue em 25/07/2007, e, fls. 260, 21/08/2007, o depósito recursal não era exigido de ente público. Assim sendo, estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, o recorrente traz à baila questões que chamou de preliminar, especialmente a nulidade da notificação.

No entanto, no presente caso não me ocuparei delas, pois o artigo 59, § 3º do Decreto 70.235/72, diz: "Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta."

Neste diapasão, também, não me ocuparei das outras teses elencadas no recurso, pois entendo que o âmago da discussão está adstrito ao que a recorrente nominou de III. 2 DA INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR - INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO.

DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NA HIPÓTESE DE DEDETIZAÇÃO E DESRATIZAÇÃO. No entanto ao meu ver a situação é de inexistência da hipótese de incidência e não do fato gerador.

Vejamos a DRJ em seu julgamento – Acórdão 07-9.945, fls. 252 a 256, excluiu da notificação o período de 08/2001 a 05/2003, uma vez que antes da entrada em vigor da IN INSS 100/2003, os serviços de dedetização e desratização não constavam da lista de serviços sujeitos à retenção. Contudo considerou que com o advento da IN 100 os serviços de dedetização e desratização passaram a compor a lista do inciso I, do artigo 154, onde no rol inicial, sob a rubrica limpeza; conservação e zeladoria foram incluídas outras atividades como se fossem espécies do gênero, admitindo a partir da IN 100 a retenção. Nesta mesma decisão a DRJ, também, salientou que a Lei 8.212/91, em seu artigo 31, § 4º, conferiu ao regulamento capacidade para elencar outros serviços ao dizer: “Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços”. É bom lembrar que o Decreto 3.048/99 apenas contém em seu artigo 219, I, os serviços chamados de gênero, isto, é limpeza, conservação e zeladoria e que a própria IN 100 não listou a desratização como sujeito à retenção.

De outro lado, também, saliento que a IN parece conter uma impropriedade, pois em seu artigo 156 ela diz: “É exaustiva a relação dos serviços relacionados nos artigos 154 e 155, (ambos da própria IN), conforme disposto no § 2º, do artigo 219 do RPS”, assim, pergunta-se se tal lista é exaustiva como pôde a IN 100 incluir novos serviços, ou, tal lista só é exaustiva à medida que ela IN inclua novos serviços. De a há muito doutrina e jurisprudência são firmes e unânimes em dizer que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

Diante do que dito acima creio ter havido extrapolação da autorização legal para o enquadramento de outros serviços dentro da hipótese de incidência da retenção, haja vista que a LEI 8.212/91 delegou tal missão ao regulamento e não a IN. Além do que tal técnica resultou na violação do artigo 108, I, § 1º do CTN que estabelece que a aplicação da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em Lei.

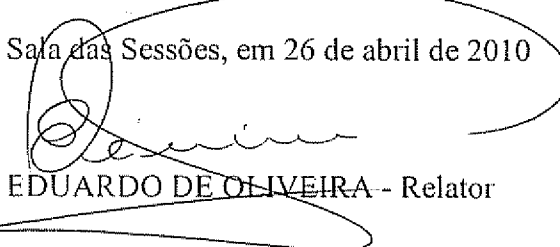
Posto isto, entendo ser a notificação improcedente, pois exige contribuição sobre serviço não abrangido pela legislação que determina a retenção.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, declarando o crédito representado pela notificação combatida extinto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2010


EDUARDO DE OLIVEIRA – Relator