



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

Processo nº 15979.000264/2007-68
Recurso nº 15.979.000264200768
Acórdão nº **2803-01.146 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 29 de novembro de 2011
Matéria Retenção de 11%
Recorrente COMPANHIA SIDERURGICA PAULISTA - COSIPA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/09/2001

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO. TRANSPORTE DE CARGA.
FALTA DE PREVISÃO LEGAL E NORMATIVA.

Não há previsão legal e normativa para a cobrança da retenção antecipada das contribuições previdenciárias sobre prestação de serviço por cessão de mão de obra nas operações de transporte de cargas.

Necessidade de enquadramento perfeito como cessão de mão de obra.

Recurso Voluntário Provido - Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

O presente Recurso Voluntário (fls.850-857 dos autos digitais) foi interposto contra decisão da DRJ (fls. 835-846 dos digitais), que manteve os créditos tributários oriundos da aplicação de contribuições não retidas na forma do art. 31, da Lei n. 8.212/1991, sobre serviços de transportes. Os fatos geradores teriam ocorrido, no período de 03.1999 a 09.2001. A ciência do auto de infração inaugural foi em 03.10.2002 (fls. 01).

Observando a ocorrência de várias diligências no tramite do processo, entendemos interessante transcrever o relatório da decisão recorrida:

Trata-se de crédito lançado contra o contribuinte identificado em epígrafe, no montante de R\$ 159.898,37 (cento e cinquenta e nove mil oitocentos e noventa e oito reais e trinta e sete centavos), consolidado em 03/10/2002, relativo as competências de 03/1999 a 09/2001, compreendendo diferenças relativas às contribuições sociais devidas quando da contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, com fulcro no artigo 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, conforme consta do Relatório Fiscal da NFLD, fls. 23/29.

A notificada contratou a empresa TCG Empreendimentos Ltda, CNPJ nº 65.377.046/0001-70, para prestação de serviços de "transporte interno de granéis, resíduos industriais, com emprego de mão-de-obra e caminhão basculante", conforme contratos 420954 e 4600000149, e posteriormente para prestação de serviços de "transporte de finos de cal", com emprego de mão-de-obra, conforme contrato 10011843 e 4600001284.

A operação que envolva transporte de cargas e passageiros esta sujeita a retenção na contratação dos serviços, conforme artigo 219, § 2º, inciso XIX do Decreto nº 3.048/99.

Os valores da base de cálculo do levantamento foram extraídos das notas fiscais de serviço discriminadas no Anexo I, fls. 30/31, e contabilizadas na conta nº 21.390/Fornecedores/Faturas a revisar, sendo aplicada a alíquota de 30% sobre o valor total das notas, e deduzidos os valores das Guias de recolhimento/GPS apresentadas, conforme consta do Anexo I.

A auditoria restringiu-se ao período de 02/1999 a 09/2001, por se tratar de período com cobertura fiscal da contabilidade analisada.

Após ciência pessoal da autuação em 03/10/2002, o contribuinte apresentou defesa fls.44/52, juntando documentos, fls. 53/670, alegando em síntese:

afirma que tanto no termo de início de ação fiscal/TIAF e de intimação para apresentação de documentos/TIAD foram solicitados os documentos relativos ao período de 02/1999 a 02/2001, sendo que o lançamento fiscal abrange período até 09/2001, cerceando o direito de defesa do impugnante;

argumenta que os comprovantes de recolhimento/GPS foram cxml64 .6a fiscalização ao contrário do que afirma o relatório fiscal, sendo que uma pequena parte do contrato que celebrou com a prestadora prevê a retenção de 11% sobre a mão-de-obra discriminadas nas faturas emitidas, conforme notas fiscais que junta e GPS anexas (Doc.06/45) seguindo rigorosamente o prescrito na Ordem de Serviço INS S/DAF nº 209;

acrescenta que conforme expressa previsão contratual (contratos juntados Doc. 04/05), os valores de materiais e equipamentos já estavam inclusos na prestação de serviços, não havendo portanto que subsistir o lançamento fiscal;

sustenta que sendo comprovado que a prestadora recolhia todos os valores em sua folha de pagamento, nada pode ser cobrado, juntando todas as guias GFIP, relação de empregados e guias de recolhimento da prestadora (Doc. 46/78), sendo os valores recolhidos muito maiores do que os 11% de retenção, motivo pelo qual somente foram recolhidas as diferenças da compensação, não tendo a prestadora sequer utilizado do benefício da compensação, sendo a empresa contratada credora do INSS e o lançamento arbitrário, ilegal e injusto pois a cobrança está sendo feita duas vezes sobre o mesmo crédito;

requereu ao final o processamento da defesa em seu efeito suspensivo, a improcedência da obrigação principal e multa, pleiteando pela produção de provas em direito admitidas.

Diante dos documentos juntados o julgamento foi convertido em diligência, tendo a auditora fiscal se manifestado as fls. 674/675, pela manutenção do débito.

Às fls. 678/684, emitida Decisão Notificação nº 21.433.4/0025/2005 pela então Seção de Contencioso Administrativo da Secretaria da Receita Previdenciária/SRP em Santos, julgando procedente o lançamento fiscal.

Às fls. 689/703, apresentada razões de Recurso da notificada, juntando documentos de fls. 704/749.

Às fls. 752/756, manifestação da Seção de Contencioso Administrativo em contra arrazoado pela manutenção do lançamento.

Às fls. 762/772, a 4a Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social, no Acórdão 1.648/2006, de 25/10/2006, anulou a Decisão Notificação acima referida "para que o contribuinte seja intimado a se manifestar em relação à Informação Fiscal".

As fl. 774, ofício 21.033.01.0/064/2007, encaminhando a Informação Fiscal de fls. 674/676 e Acórdão 1.648 de fls. 762/772 para ciência do contribuinte e reabertura de prazo para defesa.

As fls. 777/779 manifestação da notificada a respeito da informação fiscal, sustentando em síntese que:

a fiscalização deixou de juntar aos autos as cópias dos contratos e documentos que embasam o lançamento, fazendo vista grossa das argumentações da defesa, sem analisar que as notas fiscais incluídas na base de cálculo eram estranhas ao lançamento pois se referiam ao contrato 460000002142, que não faz parte do levantamento;

acrescenta que a fiscalização deve comprovar os fatos geradores, não havendo exposição clara e precisa da ocorrência da cessão de mão-de-obra e sua comprovação através dos contratos assinados entre a tomadora e prestadora, impondo a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento de defesa;

argumenta que cabe à fiscalização demonstrar a real ocorrência da cessão de mão-de-obra pois a simples transcrição de cláusulas e de legislação não são suficientes para tanto, devendo ser afastada a cessão de mão-de-obra pois a impugnante contratou a prestadora para realização de serviços de sua atividade fim, tendo em vista o objeto da empresa — produção de aço, sendo permitida a terceirização para redução de despesas, devendo ser anulada ou desconstituída a presente notificação fiscal.

As fls. 781/782, tendo em vista a Lei no 11.457, de 16 de março de 2007, que instituiu a Receita Federal do Brasil, o presente auto foi encaminhado à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santos, e posteriormente ao Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que se manifestou pelo retorno dos autos à unidade de origem para prolação de nova Decisão de 1ª Instância, fls. 784/785.

As fls. 788/789, Despacho nº 068, da 11ª Turma da DRJ/SPO II, encaminhando os autos para diligência, com o fito de apreciar o contrato 4600002142 celebrado com a empresa TCG Empreendimentos Ltda, CNPJ nº 65.377.046/0002-50 e notas fiscais 581, 584, 602, 603, 608, 621, 665, 686, 697, e informar a ocorrência ou não da cessão de mão-de-obra, tendo a fiscalização se manifestado às fls. 791/794, emitindo relatório fiscal complementar, informando o que segue em síntese:

2. A 11ª Turma da DRJ/SPO II encaminhou o processo acima referenciado com determinação para apreciação do Contrato 4600002142 celebrado com a empresa TCG Empreendimentos Ltda, CNPJ 65.377.046/0002-50, bem como das notas fiscais 581, 584, 602, 603, 608, 621, 665, 686, 697 dele decorrentes e, com base nestes elementos, informar a

ocorrência ou não da cessão de mão de obra nos referidos serviços e, elaboração de Relatório Fiscal Complementar.

3.1 Analisados o contrato em questão e as respectivas notas fiscais, constatou-se que seu objeto é a movimentação de carga, com emprego de pás carregadeira com os respectivos operadores, caçambas de aço, ferramentas, materiais e utensílios. Corroborando, nas notas fiscais, a descrição dos serviços é a prestação de serviços de movimentação de cargas com o emprego de pás carregadeiras e caçambas de aço.

4. As informações acima relacionadas, síntese de algumas cláusulas contratuais, revelam que os serviços prestados tem caráter de continuidade, e que é mantida equipe a disposição da empresa contratante, para atendimento exclusivo desta, em caráter não eventual e subordinada as ordens da mesma.

5. A situação verificada está em conformidade com o previsto na legislação previdenciária, conforme estabelecido no Decreto 3048/99, no art. 219 e, seus parágrafos 1º e 2º abaixo descritos(...)

Por todo o exposto, depreende-se que os serviços prestados são contínuos e tem caráter de não eventualidade, não importando se estão ou não relacionados com a atividade fim da empresa. Assim sendo, estão presentes no referido contrato *todos os elementos que caracterizam a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra. O próprio horário de trabalho estabelecido no Contrato apresentado indica que a necessidade da mão-de-obra para os serviços contratados é contínua e em caráter eventual, corroborado com os demais itens contratuais mencionados neste relatório fiscal.*

Assim, o recurso veio à presente turma especial para seu julgamento, em que apresentou os seguintes argumentos resumidos e repeditos: cerceamento de defesa, não ocorrência de cessão de mão-de-obra, *bis in idem*.

O presente processo esteve sobrestado (art. 62-A, do Regimento Interno do CARF/MF), enquanto aguardava o julgamento do Recurso Extraordinário n. 6030191, do Supremo Tribunal Federal, que fora julgado em 1º de agosto de 2011, sob os efeitos de repercussão geral (art. 543-B, do CPC). Retornando ao seu andamento normal, após a publicação do acórdão da Suprema Corte, em 05 de setembro de 2011.

Esse é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato – Relator

1 - O recurso é tempestivo, conforme supra relatado, dispensado do depósito prévio (Súmula Vinculante 21 do STF), assim deve o mesmo ser conhecido.

2 – Em que pese o extenso e completo relatório da decisão *a quo*, bem como a opinião da fiscalização em resposta à diligência, como inclusive já expressado publicamente, em artigo publicado (VETTORATO, Gustavo. **Da retenção de 11% do valor da nota fiscal ou do faturamento dos prestadores de serviços não cessionários de mão-de-obra**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 122, 4 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4368>>. Acesso em: 20 nov. 2011.), entendo que a constitucional retenção de 11%, na forma do art. 31, da Lei n. 8.212/1991 (RE n. 6030191, do STF), somente se opera quando realmente ocorrem os fatos descritos em seu *caput* e parágrafos, em especial o 3º.

Ainda, mesmo não discutindo a constitucionalidade da retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou da fatura das empresas prestadoras de serviços mediante cessão mão-de-obra e seu recolhimento aos cofres do INSS, instituída pela Lei 9.711/1999, deve-se alertar sobre mas inclusão de empresas como tomadoras de serviços prestados mediante cessão de mão de obra deve obdecer os critérios vinculados ao próprio sentido de cessão de mão de obra, não bastando estar no rol do art. 219, par. 2º, do Decreto 3.048/1999, vigente à época dos fatos. ^[1]

Apontar quais empresas estariam sob a norma de retenção, é necessário alcançar a clara a definição jurídica de *cessão de mão-de-obra*. Para esse fim poder-se-á utilizar o texto do art. 31, parág. 3º, da Lei 8.212/1991:

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.1998)

Verifica-se que as formas de *cessão de mão-de-obra* descritas pelo texto legal supra citado são exatamente referentes às espécies elencadas pelo parág. 4º do mesmo artigo, e definidas pela Lei no. 6.019/1974, com exceção da empreitada de mão-de-obra. Todas as espécies não elencadas pela lei, mas por regulamento, deverão conter todos os elementos enumerados no parág. 3º, do art. 31, da Lei 8.212/1991, contendo exatamente os mesmos elementos.

Cabe ainda esclarecer dois termos do parág. 3º, do art. 31, da Lei 8.212/1991, de *colocação à disposição do contratante* e *realizem serviços contínuos*. Quanto ao primeiro termo, a colocação de um empregado ou segurado à *disposição* do contratante tomador, significa que este definirá todas as condições de execução diretamente com os empregados do cedente, e não com o próprio contratante cedente, com o qual somente definirá questões genéricas, fato que não vemos presente no caso, pois toda a relação de serviço está centrada com entre os Contratantes, não com seus funcionário; segundo, quanto à *continuidade*, os serviços prestados pela cedente devem ser periódicos de forma intermitente e permanente, conforme esclarece o art. 100, parág. 3º, da Instrução Normativa do INSS no. 71/2002, não bastando serem prestados apenas algumas poucas vezes.

Para elucidar melhor esses termos, podemos colocar uma pequena análise sobre o caso da empreitada de mão-de-obra, como já esclarecido por CLEUCIO SANTOS NUNES, em que esse tipo de empreitada deve ser diferenciada da *empreitada de obra*, pois nesta não há a subordinação dos empregados do empreiteiro às ordens do contratante, não havendo o elemento *disponibilidade*. Logo, não é cabível, nos casos de *empreitada de obra*, a retenção dos 11% sobre a fatura. [2]

O exemplo acima indicado, também, é aplicável a outros setores, onde a relação jurídica contratual apenas envolve os contratantes, não havendo cessão de mão-de-obra, pois os empregados do executor do serviço não ficam sob o mando do adquirente do serviço. Sob essa lógica, podemos nos referir como inexistente, de forma genérica, a cessão de mão-de-obra no serviço de **transporte de cargas**. Tal serviço, mesmo que seja efetuado dentro dos estabelecimentos dos adquirentes dos serviços, não são prestados mediante cessão de mão-de-obra, porque a relação daqueles é somente com o empregador (empresa fornecedora dos serviços). Por não se enquadrarem no conceito legal de empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra, as empresas retro referidas não podem ser atingidas pelo determinado pelo disposto no art. 31, da Lei 8.212/1991. Isso somente aconteceria em caso de texto aprovado pelo Congresso Nacional que descreve-se as suas atividades ou expressamente as incluí-se para sofrer a incidência daquela norma.

Mesmo assim, em decorrência do disposto no art. 219, inciso XIX, do Decreto no. 3.048/1999., a interpretação que é dada inclusive pela jurisprudência do CARF/MF ao art. 219, inciso XIX, do Decreto no. 3.048/1999, sempre foi vinculada à existência ao caso dos demais elementos da cessão de mão de obra. Isso, porque os incisos estão intimamente ligados ao *caput*.

O art. 31, parág. 4º, da Lei 8.212/1991, coloca que a sua enumeração de casos é sujeita à inclusões por meio de regulamento, tais inclusões devem se encaixar perfeitamente às características encontradas no texto da própria lei, sob pena de confrontar o *princípio da legalidade tributária* (art. 150, I, da CF/1988 e art. 97 do Código Tributário Nacional) e da *separação das funções do Estado*. Tal princípio determina que de ninguém será exigida obrigação tributária sem que a mesma esteja determinada em lei aprovada pelo Congresso Nacional, mais, devendo o contribuinte ou a atividade que o aponte estarem também determinadas na lei. Portanto, não é cabível que veículos normativos infralegais determinem os sujeitos passivos das obrigações tributárias, conforme determina o art. 99, do CTN.

Esta Turma Especial já julgou casos semelhantes, como do Acórdão n. 2803-01.006, da lavra do Cons. Helton Carlos Praia de Lima, de 29.09.2011:

Trata-se de crédito lançado em razão da ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias da empresa contratante COSIPA, relativas à retenção de 11% sobre o valor das notas fiscais ou faturas de prestação de transporte rodoviário de carga de matérias primas, período de 07/1999 a 08/2001, fundamentação legal no art. 31, art. 33, §5º, da Lei nº 8.212/91 e art. 219, §§ 1º e 2º, item XIX, do Decreto nº 3.048/99, conforme relatório fiscal às fls. 22/45.

Com base na legislação normativa a Auditoria Fiscal aplicou o percentual mínimo de 30% (trinta por cento) sobre o total das Notas Fiscais de Serviços para obtenção da base de cálculo do crédito previdenciário, fl. 25. Sobre a base de cálculo foi aplicada alíquota de 11% a título de retenção, conforme Discriminativo Analítico de Débito – DAD, fls. 4/8, sendo deduzido valor de guia (GPS), competência 08/99, apresentada pelo contribuinte.

A obrigação da empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-deobra de reter e recolher 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-deobra, está disposta no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98. Entendese como cessão de mão-deobra 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. A lei repassa para o Regulamento da Previdência Social RPS (Decreto nº 3.048/99) o rol de serviços sujeitos à cessão de mão-deobra, nos termos dos §4º §3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

A retenção previdenciária estabelecida no art. 31 da Lei nº 8.212/91 sempre se presume feita 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 a lei, nos termos do § 5º do art.33 da Lei nº 8.212/91.

O parágrafo 2º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto nº 3.048/99) enquadra os serviços realizados mediante cessão e mão-deobra, no qual se encontra, no item XIX, a atividade de operação de transporte de cargas e passageiros, posteriormente, alterado pelo Decreto nº 4.729, de 09/06/2003, que excluiu da relação o transporte de carga, permanecendo apenas o transporte de passageiro.

Em que pese a tese sustentada pela autoridade fiscal, não mais perdura o instituto da retenção de 11% sobre os serviços prestados a título da cessão de mão-deobra sobre transporte de carga, em razão da falta de previsão legal e normativa. Destarte, este tipo de serviço não se enquadra no conceito de cessão de mão-deobra prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Em face dos princípios da legalidade e tipicidade fechada, que são atribuídos ao ramo do direito tributário, a autoridade fiscal somente pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, melhor dizendo, sua descrição típica, o que não se verifica no caso vertente.

No mesmo sentido é o entendimento das Turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ que decidiram que as empresas que realizam operações de transporte de cargas não estão sujeitas à sistemática da retenção antecipada em razão de prestação de serviço por cessão de mão-deobra, por força do Decreto 4.729/2003. São os termos dos julgados:

Processo RESP 200300359164RESP RECURSO ESPECIAL – 504994 , **Relator(a)** FRANCIULLI NETTO , **Órgão julgador** STJ, SEGUNDA TURMA , **Fonte** DJ DATA:10/05/2004 PG:00225 **Decisão** por unanimidade.

Ementa RECURSO ESPECIAL ALÍNEA "A" TRIBUTÁRIO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE CARGAS– RETENÇÃO ANTECIPADA PELO TOMADOR DO SERVIÇO DE 11% DA RECEITA BRUTA A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA IMPOSSIBILIDADE– INEXISTÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA – AUSÊNCIA DE PRÉQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 1º DA LEI N. 1.533/51 E 267, IV DO CPC. Inexiste, no caso dos autos, qualquer ofensa ao disposto no artigo 128 do CPC, visto que o v. acórdão recorrido decidiu a questão nos limites do pedido formulado, ao entender indevida a contribuição previdenciária pelo regime da retenção antecipada (art. 31 da Lei n. 8.212/91). Não merece ser conhecido o recurso especial no tocante à alegada ofensa ao artigo 1º da Lei n. 1.533/51 e 267, IV do CPC, pois a questão da legitimidade da impetrante, que entende o INSS não ser parte na relação jurídicotributária, não foi objeto de exame pela egrégia Corte de origem, a implicar na ausência de préquestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF). Entendeu o Tribunal de origem, com acerto, que, embora regular a forma de recolhimento antecipado introduzida pela Lei n. 9.711/98, que alterou a dicção do artigo 31 da Lei n. 8.212/91, no particular, seria indevida a retenção sobre as notas fiscais e faturas por se tratar de empresa prestadora de serviço de transporte rodoviário de carnes congeladas, produtos frigoríficos, gêneros alimentícios e cargas em geral, porque não enquadrada no conceito de cessão de mão-deobra previsto no caput do mencionado artigo. O artigo 31 da Lei n. 8.212/91, na redação dada pela Lei n. 9.718/98, cujo intuito foi modificar a sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária, atribuindo à empresa contratante dos serviços de mão-deobra a responsabilidade pela retenção da contribuição em nome da empresa cedente, prevê, em seu § 4º, que outros serviços, além dos previstos nesta lei, poderiam ser objeto da retenção antecipada da contribuição previdenciária. A nova redação dada ao inciso XVIII do § 2º do artigo 219 Decreto n. 3.048/99, pelo Decreto n. 4.729, de 09 de junho de 2003,

suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra as operações de "transporte de cargas", permanecendo, apenas, as operações de "transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão".

Em face dos princípios da legalidade e tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, a Administração somente pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica, o que não se verifica no caso vertente. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido. **Data da Decisão** 17/02/2004 **Data da Publicação** 10/05/2004 **Processo** RESP 200700580336RESP RECURSO ESPECIAL -933997, **Relator(a)** DENISE ARRUDA **Órgão julgador** STJ , PRIMEIRA TURMA , **Fonte** DJ DATA:13/09/2007 PG:00175 **Decisão** por unanimidade.

Ementa TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% PELA EMPRESA TOMADORA. EMPRESAS DE TRANSPORTE DE CARGAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. A retenção de onze por cento (11%) a título de contribuição previdenciária, na forma do art. 31 da Lei 8.212/91, não configura nova modalidade de tributo, mas tão somente alteração na sua forma de recolhimento, não havendo nenhuma ilegalidade nessa nova sistemática de arrecadação. 2. As empresas que realizam operações de transporte de cargas, entretanto, não estão sujeitas a essa sistemática, por força do Decreto 4.729/2003. 3. Recurso especial desprovido. **Data da Decisão** 07/08/2007 **Data da Publicação** 13/09/2007

Para se configurar a cessão de mão-de-obra é necessário está caracterizado iniludivelmente o requisito primordial da colocação de segurados à disposição do contratante que realize serviços contínuos, nos termos do §3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

As empresas que realizam operações de transporte de cargas não estão sujeitas à sistemática da retenção antecipada em razão de prestação de serviço por cessão de mão-de-obra, por força do Decreto 4.729/2003.

Por esses mesmos motivos entendo pela impossibilidade com a atual autuação que não demonstrou documentalmente que haveria a relação de disponibilidade e subordinação da tomadora com os empregados da prestadora dos serviços.

Em tempo, ainda caberia ressaltar que ,após tantas diligências e possibilidades correção do lançamento, por que o mesmo, fundado na tese de existência real de cessão de mão-de-obra, não retificou a demonstração com os elementos trazidos em impugnação? Ou seja, realmente haveria uma afronta à verdade material, por não ter trazido no lançamento a substancialidade da norma individual e concreta, gerando sua nulidade (art. 59, do Decreto n. 70.235/1971).

Processo nº 15979.000264/2007-68
Acórdão n.º **2803-01.146**

S2-TE03
Fl. 895

3 - Conclusão

Isso posto, voto por conhecer o Recurso Voluntário para no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, declarando a improcedência o lançamento.

Sala de Sessões, 29 de novembro de 2011.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator