



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

Processo nº 17546.000578/2007-86
Recurso nº 159.118 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.133 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de maio de 2009
Matéria RETENÇÃO
Recorrente AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/07/2005

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EMPRESAS CONTRATADAS
POR CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - RETENÇÃO 11% - IMPEDIMENTO
- SENTENÇA JUDICIAL**

A notificada ao abster-se da efetuar a retenção prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91 na redação alterada pela Lei nº 9.711/98 cumpriu determinação judicial, da qual não poderia furtar-se.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira (Suplente). Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

O Relatório Fiscal (fls. 43/52) informa que as contribuições lançadas incidem sobre as notas fiscais de serviços prestados, sob a modalidade de cessão de mão de obra, emitidas pela empresa Transporte Padovani Ltda.

A auditoria fiscal informa que não foi apresentado o Contrato de Prestação de Serviços, bem como parte das notas fiscais arroladas, o que prejudicou a determinação das condições e forma de execução dos serviços contratados, bem como impossibilitou a admissibilidade de qualquer redução na base de cálculo tributável.

Pelas cópias de notas fiscais juntadas aos autos, verifica-se que o serviço prestado refere-se ao transporte de funcionários.

A notificada apresentou defesa (fls. 102/115) onde alega manifesta seu inconformismo pelo fato de terem sido lavradas cento e vinte e cinco notificações, após quase nove meses de ação fiscal e, no entanto, a mesma dispor de apenas quinze dias para analisar e apresentar defesa de todas elas.

Aduz que inexistente cessão de mão-de-obra no serviço prestado e entende que se o ajuste não se limita ao fornecimento de mão-de-obra sob o controle e orientação do locatário do serviço, ensejando trabalho subordinado ao tomador, não se depara com cessão de mão-de-obra sujeita à retenção.

Ressalta que se deixou de reter os valores pleiteados pelo INSS, o fez em estrita observância de decisão exarada pelo Poder Judiciário, uma vez que o prestador de serviços impetrou mandado de segurança perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo e obteve liminar e posterior concessão da segurança por sentença, confirmada por acórdão, garantindo-lhe o direito de proceder ao recolhimento sobre a folha de salários sem o destaque e retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura.

Considera que verificando-se o pagamento da contribuição pelo contribuinte prestador dos serviços, não caberia exigir novo recolhimento da exação na tomadora.

Alega que carece de base legal a aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

Solicita realização de perícia e indica assistente técnico para realizá-la, bem como os quesitos a serem respondidos.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que manifestou-se em relação à ação judicial proposta pela prestadora, no sentido de que o referido processo ainda não teria

transitado em julgado, motivo pelo qual sugere o sobrestamento da presente notificação até a decisão definitiva.

Quanto à alegação de não ocorrência de cessão de mão-de-obra, a auditoria fiscal argumenta que a determinação das condições em que o serviço foi prestado depende dos elementos probatórios que a empresa disponibiliza e esta não apresentou contrato de prestação de serviços. Tal omissão levou à auditoria fiscal a recorrer da presunção com conseqüente inversão do ônus da prova.

A notificada foi intimada do resultado da diligência e manifestou-se (fls. 163/167) alegando o descabimento do sobrestamento sugerido pela auditoria fiscal pois estava impedida de efetuar a retenção por força da decisão judicial, o que torna o lançamento ilegítimo. Cita o art. 177 da Instrução Normativa 03/2005.

Aduz que seria ônus da fiscalização demonstra que o serviço preencheria os pressupostos da cessão de mão-de-obra e entende que a falta de elementos caracterizadores da mesma presume justamente o contrário, a sua não ocorrência.

Em Despacho nº 1683 (fls. 170), a DRJ-Campinas/SP acolheu a sugestão da auditoria fiscal e manteve o processo sobrestado até o trânsito em julgado do mandado de segurança que se deu pelo julgamento do Recurso Especial 645555/SP com decisão favorável à Seguridade Social.

Pelo Acórdão 05-20.265 (fls. 185/193), a 6ª Turma da DRJ de Campinas/SP julgou o lançamento procedente.

Irresignada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 200/213) efetuando repetição das alegações já apresentadas na defesa.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Assiste razão à recorrente quando alega sua impossibilidade em efetuar a retenção sobre as notas fiscais de serviços emitidas pela contratada, em razão do dever de obediência à decisão proclamada pela Justiça Federal, 2ª Vara Cível de Campinas-SP que julgou procedente a ação mandamental e concedeu a ordem, no sentido de que a prestadora de serviços não fosse obrigada a submeter-se às determinações do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/1998.

A retenção dos 11% é procedimento que, por si só, elide a responsabilidade solidária por parte da tomadora de serviços pelas contribuições de responsabilidade das prestadoras nos serviços prestados mediante cessão de mão de obra;

Impossibilitada de efetuar a retenção por conta da decisão judicial citada, a recorrente deveria exigir da contratada a documentação hábil para se elidir da responsabilidade solidária para com as contribuições previdenciárias da mesma, vez que para aquele prestador de serviço, prevalecia a redação original do art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

Art. 177. Caso haja decisão judicial que vede a aplicação da retenção, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, observar-se-á o seguinte:

I - na hipótese de a decisão judicial se referir à empresa contratada mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, não sujeita à aplicação do instituto da responsabilidade solidária, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços serão exigidas da contratada;

II - se a decisão judicial se referir à empresa contratada mediante empreitada total na construção civil, sendo a ação impetrada contra o uso, pela contratante, da faculdade prevista no art. 191, hipótese em que é configurada a previsão legal do instituto da responsabilidade solidária, prevista no inciso VI do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, a contratante deverá observar o disposto nos arts. 188 e 190, no que couber, para fins de elisão da sua responsabilidade.

Parágrafo único. Na situação prevista no inciso I do caput, quando a contratada pertencer à circunscrição de outra DRP, deverá ser emitido subsídio fiscal para a DRP circunscriçionante do estabelecimento centralizador da empresa contratada, ainda que a decisão judicial não determine que se aplique o instituto da responsabilidade solidária."



O fato do trânsito em julgado ter ocorrido após o lançamento e a decisão final ter sido favorável à Previdência Social não é suficiente para a manutenção do lançamento, haja vista que à época dos fatos geradores, havia a decisão impedindo a tomadora de efetuar a retenção, sob pena de descumprimento de decisão judicial;

Diante de todo o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO.**

É como voto

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora