



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

Processo n° 35387.000472/2007-34
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-004.077 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO
Recorrente COMPANHIA SIDERURGICA PAULISTA - COSIPA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2001

PREVIDENCIÁRIO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA A legislação determina no §3º do art. 31 da Lei nº 8.212 e §1º do Decreto 3.048/99 que para caracterizar a cessão de mão de obra se impõe a colocação dos segurados empregados à disposição da empresa contratante. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. NÃO EXIGÊNCIA DE RETENÇÃO. Os serviços de transportes de cargas deixaram de ser passíveis de retenção, com a alteração do Decreto nº 3.048/1999, realizada pelo Decreto nº 4.729/2003. DA RETROATIVIDADE BENIGNA O Código Tributário Nacional - CTN determina que a aplicação da Legislação Tributária observe os artigos 105 e 106 do citado Códex. Assim na forma do art. 106, tratando-se de ato não definitivamente julgado, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a conselheira Luciana de Souza Espíndola Reis que negava provimento.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente

Thiago Taborda Simões - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente), Thiago Taborda Simões, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Ronaldo de Lima Macedo, Luciana de Souza Espindola Reis e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de crédito de contribuição previdenciária referente à ausência de retenção e recolhimento de 11% (onze por cento) sobre o valor das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra no período de 02/1999 a 09/2001.

Nos termos do relatório fiscal de fls. 23/43, o lançamento foi efetivado com base nas notas fiscais ou faturas emitidas no período de 02/1999 a 10/1999, sendo que no período de 11/1999 a 09/2001 não houve apresentação de notas pela autuada, restando à fiscalização o lançamento dos valores de retenção sobre a base de cálculo apurada pela média mensal do período de 02/1999 a 10/1999.

Intimada da autuação, a Recorrente apresentou impugnação de fls. 46/166. Os autos foram convertidos em diligência às fls. 460/463. Às fls. 468/471 foi juntada Informação Fiscal em que a fiscalização aponta para a real ocorrência de cessão de mão de obra e consequente ocorrência do fato gerador.

Às fls. 847/856 foi proferido acórdão pelo CRPS que, por maioria, decidiu pela anulação da decisão para intimar a Recorrente da informação fiscal. Intimada do resultado da diligência, a Recorrente apresentou manifestação de fls. 861/866.

Em nova análise foi proferido acórdão de fls. 943/978 que deu parcial provimento à impugnação apresentada, reconhecendo a necessidade de retificação do crédito uma vez que, no período em que houve arbitramento pela fiscalização, não restou comprovada a ocorrência de fato gerador (prestação de serviços), concluindo-se pela exclusão do crédito nas competências de 11/1999 a 09/2001.

Não houve recurso de ofício porquanto não alcançado o limite para tanto.

Intimada do resultado do julgamento, a Recorrente interpôs recurso voluntário de fls. 888/901 segundo o qual:

- 1) A NFLD é nula por falta de especificidade do lançamento e cerceamento de defesa, na medida em que não ficou demonstrado se existia subordinação dos empregados contratados à tomadora ou sequer se a empresa contratada de fato colocou a mão de obra a disposição nas dependências da contratante;
- 2) A fiscalização não juntou cópia do contrato e das NFs no procedimento fiscal. Tais documentos foram juntados apenas depois pela Recorrente;
- 3) Não houve descrição rigorosa e minuciosa das características da suposta cessão de mão de obra na prestação de serviços de transporte de cargas, gerando flagrante prejuízo ao contraditório e ampla defesa;

- 4) Ainda que a legislação veja este tipo de serviço como cessão de mão de obra, é necessário que se verifique no caso concreto se todas as características da cessão estão contempladas;
- 5) O contrato não estabelecia que a contratada colocaria veículo e motorista a disposição do tomador, com retribuição por tempo determinado. Pelo contrário, a prestação do serviço foi paga considerando o peso, a quantidade e os valores realmente transportados;
- 6) A prestação do serviço foi executada mediante empreitada na medida em que a contratada realizou determinado serviço estabelecido em contrato, sem disponibilizar equipe à contratante;
- 7) Tanto estava equivocado o enquadramento dos serviços de transporte de carga como cessão de mão de obra que em 10/06/2003 o Decreto nº 4.729/03 excluiu esse serviço do rol de atividades assim consideradas e sujeitas a retenção;
- 8) Inaplicável a multa vez que ausente irregularidade por parte da Recorrente.

Os autos foram remetidos ao CARF para julgamento do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Taborda Simões, Relator

Inicialmente, o recurso voluntário atende a todos os requisitos de admissibilidade, dentre eles o da tempestividade, razão pela qual dele conheço.

Nulidade

Pretende a Recorrente a declaração de nulidade do auto de infração sob a alegação de que este não trouxe elementos suficientes para demonstrar a existência de subordinação na relação entre tomador e contratada, impossibilitando que a Recorrente pudesse elaborar defesa rebatendo cada um dos pontos levantados pela Fiscalização.

O parágrafo único do art. 168 da Lei nº 10.406/2002 aduz que as nulidades devam ser pronunciadas pelo julgador quando a encontrar provada, não lhe sendo permitido supri-las ainda que a requerimento das partes:

“Art. 168. [...]

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.”

O lançamento de fato encontra-se eivado de vícios de fundamentação. Entretanto, o artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72 preceitua que quando puder o julgador decidir pelo mérito a favor do sujeito passivo não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 59. São nulos: [...]

§ 3º 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.

Sendo assim, passa-se a análise do mérito.

No Mérito

Da obrigação de retenção por tomadora de serviços mediante cessão de mão de obra

A cessão de mão de obra está prevista na Lei nº 8.212/91 através do artigo 31, §§ 1º, 2º e 3º e no Regulamento da Previdência Social no artigo 219, §§ 1º a 4º e 7º:

Lei nº 8.212/91:

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.

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

§ 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.

Decreto nº 3048/99:

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.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, 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, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Da análise do relatório fiscal de fls. 23/29 verifica-se que a Fiscalização lavrou o auto de infração com base exclusivamente na previsão legal de retenção sobre os serviços de transporte de cargas e no objeto do contrato de prestação de serviços, sem análise quanto ao cumprimento dos critérios previstos em lei para configuração da cessão de mão de obra.

Neste sentido, não obstante o objeto do contrato apontado estivesse contido no rol das atividades que seriam de sofrer a retenção dos valores em apreço, o lançamento não se fez acompanhar de elementos probantes de que os empregados das contratadas estiveram efetivamente à disposição do contratante, o que caracterizaria de modo inequívoco a cessão de mão de obra.

Nos termos dos dispositivos que tratam da matéria, para que se configure a cessão de mão de obra, independentemente da natureza do serviço, necessário que o pessoal utilizado (segurados empregados das contratadas) fique à disposição exclusiva do tomador sendo este último quem determina o que, como e quando fazer, gerenciando de forma efetiva a realização do serviço.

A cessão de mão de obra, portanto, não pode ser presumida. Há que restar materialmente comprovada.

No caso dos autos, à época dos fatos geradores o serviço de transporte de carga estava incluso no rol dos serviços submetidos à retenção. Todavia, a previsão do referido serviço dentre as atividades submetidas à regra de tributação por si só não demonstra a obrigação da Recorrente em reter os 11%, vez que não comprovado pela Fiscalização que a mão de obra esteve à disposição da empresa tomadora em caráter de subordinação.

Sendo assim, não demonstrado o cumprimento dos critérios que configurariam a cessão de mão de obra, quais sejam: i) colocação do empregado da contratada à disposição do contratante, ii) em suas dependências ou de terceiros; iii) realização de serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, não há que se falar em obrigação tributária por parte da Recorrente.

Da retroatividade benigna

O lançamento ora analisado se refere às competências de 02/1999 a 09/2001. É cediço que toda a fiscalização foi realizada com base na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, na forma estabelecida pelo art. 144, caput, do CTN.

O Decreto nº 4.729/2003, posterior ao início da ação fiscal, alterou o inciso XIX do artigo 219, § 2º, para retirar do rol de atividades submetidas à retenção a operação de transporte de cargas isentando as empresas que prestam serviços dessa natureza da retenção em comento:

Redação anterior:

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra: [...]

*XIX - operação de **transporte de cargas e passageiros**;*

Redação atual (Decreto nº 4.729/03):

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra: [...]

XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

O Código Tributário Nacional, nos artigos 105 e 106, assim prevê:

Aplicação da Legislação Tributária

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; [...]

Assim, ainda que restasse comprovada a condição basilar de que na prestação do serviço pela contratada seus empregados houvessem ficado à disposição da contratante (regime de subordinação), por não ter o ato sido definitivamente julgado, compulsório contemplar a Recorrente com o benefício da retroatividade benigna previsto no comando do art. 106 do CTN.

Conclusão

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário e a ele dou provimento.

É como voto.

Thiago Taborda Simões.