



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

Processo nº 10932.000258/2007-23
Recurso nº 003.009 Voluntário
Acórdão nº 2302-003.009 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD
Recorrente GRUPO SEB DO BRASIL PRODUTOS DOMESTICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/10/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO.

O instituto da retenção de que trata o art. 31 da lei nº 8.212/91, na redação dada pela lei nº 9.711/98, configura-se como hipótese legal de substituição tributária, na qual a empresa contratante assume o papel do responsável tributário pela arrecadação e recolhimento antecipados do tributo em nome da empresa prestadora - a contribuinte de fato -, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou que tenha arrecadado em desacordo com a lei.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. RELATÓRIO FISCAL. INEXISTÊNCIA.

Não incorre em cerceamento do direito de defesa o lançamento tributário cujos relatórios típicos, incluindo o Relatório Fiscal e seus anexos, descreverem de forma clara, discriminada e detalhada a natureza e origem de todos os fatos geradores lançados, suas bases de cálculo, alíquotas aplicadas, montantes devidos, assim como os fundamentos legais que lhe dão amparo jurídico, permitindo dessarte ao Sujeito Passivo a perfeita identificação dos lançamentos aviados na notificação fiscal.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RETENÇÃO DE 11%. SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS.

Sujeitam-se ao regime da retenção de contribuições previdenciárias de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, o serviço de transporte de passageiros quando realizado mediante cessão de mão de obra, a teor do art. 219, XIX do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99, c.c. art. 31, §4º da Lei nº 8.212/91, , na redação dada pela Lei nº 9.711/98.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RETENÇÃO DE 11%. EMPRESA PRESTADORA OPTANTE DO SIMPLES. SUJEIÇÃO PARCIAL.

A empresa optante pelo SIMPLES, que prestou serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada durante a vigência da Lei nº 9.317/96, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido, exceto no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, em atenção ao disposto no art. 142, Parágrafo Único, da IN SRP nº 3/2005.

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A perícia tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a consolidação do seu convencimento acerca da solução da controvérsia objeto do litígio, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir do lançamento até a data de 31/08/2002, as prestadoras de serviço, optantes do SIMPLES, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos na votação os Conselheiros Bianca Delgado Pinheiro, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Leonardo Henrique Pires Lopes, que votaram pelo provimento do recurso, por entenderem que não restou configurada a cessão de mão de obra.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente de Turma), Leonardo Henrique Pires Lopes (Vice-presidente de turma), André Luís Mársico Lombardi, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Bianca Delgado Pinheiro e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/10/2006.

Data da lavratura da NFLD: 21/06/2007.

Data da Ciência da NFLD: 22/06/2007.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão Administrativa de 1ª Instância proferida pela DRJ em São Paulo II/SP que julgou procedente em parte o lançamento tributário formalizado por intermédio da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.065.210-0 consistente em contribuições sociais previdenciárias a cargo da empresa, arrecadadas mediante retenção de 11% incidente sobre o valor bruto das notas fiscais de serviços prestados mediante cessão de mão de obra – serviços de transporte de passageiros -, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 71/74.

Relata a Autoridade Lançadora que a contratação de serviços, em que a CONTRATADA presta serviços de transporte de funcionários da CONTRATANTE, antes do início e após o término da jornada de trabalho e transporte de correspondências e de pessoas entre uma unidade e outra, através de VAN especialmente alocada para este fim, em regime de fretamento contínuo, configura-se como serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra, subsumindo-se à hipótese prevista no inciso XIX do Art. 219 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

Complementa argumentando que, de acordo com o art. 31 da Lei nº 8.212/91, a tomadora de serviços é responsável direta pela arrecadação e recolhimento de valores relacionados a contribuições previdenciárias oriundas do trabalho terceirizado, pela obrigatoriedade de reter e recolher 11 % (onze por cento) do valor bruto dos documentos fiscais de prestação de serviços em nome da empresa contratada.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 77/113.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II/SP proferiu decisão administrativa de 1ª Instância textualizada no Acórdão nº 17-26.000 – 9ª Turma da DRJ/SPOII, a fls. 138/148, julgando procedente em parte o lançamento, para dele fazer excluir as obrigações tributárias relativas aos fatos geradores ocorridos em competências já atingidas pela decadência, e mantendo o crédito tributário na forma consignada no Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR a fls. 128/137.

O Sujeito Passivo foi cientificado da Decisão de Primeira Instância Administrativa no dia 28/10/2008, conforme Aviso de Recebimento a fl. 150.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 158/184, respaldando seu inconformismo em argumentação desenvolvida nos termos que se vos seguem:

- Que os conceitos de permanência e continuidade estão atrelados à concepção de subordinação jurídica – art. 3º da CLT;
- Que o transporte de cargas foi extirpado do elenco do art. 219 do RPS;
- Que a hipótese da NFLD enquadra-se no capítulo da responsabilidade tributária subsidiária e não solidária;
- Que os documentos colacionados aos autos comprovam os pagamentos realizados pela empresa prestadora dos serviços e a correção dos mesmos;
- Que não houve a notificação às prestadoras de serviço;
- Que as empresas optantes pelo SIMPLES, até 31/08/2002, não estão sujeitas à retenção;
- Requer que seja determinada perícia e/ou diligência, a fim de que se proceda à análise de toda a documentação previdenciária relativa ao período objeto da autuação, a qual fulminará qualquer traço de responsabilidade por parte da Recorrente.

Requer, ao fim, a declaração de insubsistência da exigência fiscal.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O Sujeito Passivo foi cientificado da Decisão de Primeira Instância Administrativa no dia 28/10/2008. Havendo sido o Recurso Voluntário protocolizado em 27/11/2008, há que se reconhecer a tempestividade de sua interposição.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Ante a inexistência de questões preliminares, passamos diretamente ao exame do mérito.

2. DO MÉRITO

Cumpra de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu instrumento de Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pela Parte.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho, assim como as questões arguidas exclusivamente nesta instância recursal, antes não oferecida à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, em razão da preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

2.1. DA RETENÇÃO DE 11%

O art. 195, I da Constituição Federal determinou que a Seguridade Social fosse custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos oriundos, dentre outras fontes, das contribuições sociais a cargo da empresa incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Constituição Federal, de 03 de outubro de 1988

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

No plano infraconstitucional, a disciplina da matéria em relevo ficou a cargo da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social, consubstanciado nas contribuições sociais a cargo da empresa e dos segurados obrigatórios do RGPS, nos limites traçados pela CF/88.

Envolto na ordem jurídica realçada nas linhas precedentes, o art. 22 da citada lei de custeio da Seguridade Social estatuiu como encargo da empresa as contribuições sociais incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

De outro canto, a mesma Constituição Federal de 1988, no capítulo reservado ao Sistema Tributário Nacional, fixou a competência da lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente, dentre outros, sobre fatos geradores, obrigação e crédito tributários, e contribuintes, a teor do art. 146, III da CF/88, *in verbis*:

Constituição Federal de 1988

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Bailando em sintonia com os tons alvissareiros orquestrados pelo Constituinte Originário, sob a batuta do seu regente Ulisses Guimarães, o art. 121 do CTN, em performance *pa de deux* normativa harmônica com o regramento acima ponteadado, ao escolher os atores da obrigação tributária principal, reservou o papel do sujeito passivo à figura do contribuinte ou, a critério da lei, do responsável tributário.

Código Tributário Nacional

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (grifos nossos)

A coreografia assim pontilhada, quando executada no papel passivo pelo responsável tributário, é conhecida nos palcos jurídicos como *substituição tributária* e, nessas apresentações, todos os movimentos que nas formas originárias seriam praticados pelo contribuinte, passam então a ser desempenhados pelo novo personagem, que assume a responsabilidade integral pelo recolhimento do tributo associado.

É o que ocorre na hipótese vertida no art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação conferida pela Lei nº 9.711/98, que atribuiu ao contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra a responsabilidade pela retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais/faturas referentes aos serviços prestados naquela condição, e ao subsequente recolhimento do valor assim retido em nome do prestador correspondente.

Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998

Art. 23. Os arts. 6º, 17, 19, 21, 22, 28, 31, 37, 38, 47 e 49 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 31 A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão de obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

§1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§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.

§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.

§5º O cedente da mão de obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante.

Anote-se que o papel do contribuinte continua a ser representado pelo personagem que ostenta relação pessoal e direta com o fato gerador, diga-se, a pessoa jurídica prestadora dos serviços. Ao responsável tributário, *in casu*, o contratante, são designadas apenas as atuações pautadas na retenção e no respectivo recolhimento, nada mais. Dessarte, concluída a contento a execução do seu papel, o responsável tributário sai de cena, restando-lhe, todavia, a incumbência de manter resguardados, em seu camarim, os documentos comprobatórios da higidez dos passos a seu encargo, enquanto não se operar a decadência das obrigações correspondentes.

Cumpre destacar, por relevante, que o instituto da retenção de contribuições previdenciárias instituído pela Lei nº 9.711/98 não se consubstancia em nova contribuição social distinta daquela disciplinada originariamente pelo art. 22 da Lei nº 8.212/91, mas, sim, numa sistemática diferenciada da forma de arrecadação da referida contribuição previdenciária, na qual as empresas, nos termos do art. 15 da citada lei de custeio, por substituição tributária, passam a figurar como responsáveis tributários pela arrecadação e recolhimento antecipados do tributo em tela, conforme permissivo legal estampado nos artigos 121, II c.c. 128, ambos do Código Tributário Nacional - CTN.

Código Tributário Nacional - CTN

CAPÍTULO V

Responsabilidade Tributária

SEÇÃO I

Disposição Geral

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Nesse sentido consolidou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do julgado a seguir referenciado, cuja ementa tomamos a liberdade de transcrever:

Ementa: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.711/98.

1. A alteração que a Lei nº 8.212/91 sofreu com a edição da Lei nº 9.711/98 não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, não alterou a alíquota, menos ainda a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, sendo, por conseguinte, devida a retenção do percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

2. A Lei nº 9.711/98 criou uma nova sistemática na forma de arrecadação da contribuição em debate, em que, por substituição tributária, as empresas passam a figurar como responsáveis tributárias. (grifos nossos)

3. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. (Súmula 83/STJ)

4. Agravo Regimental improvido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 629.957; STJ - 2ª Turma; Rel. Min. Castro Meira, DJ 21.03.2005)

A toda prova, a obrigação imposta ao Contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra não tem como fundamento jurídico, de forma alguma, a responsabilidade solidária entre tomadores e prestadores de serviços, muito menos responsabilidade subsidiária, como assim quer fazer crer o Recorrente. A responsabilidade do Tomador dos serviços pelo recolhimento das contribuições previdenciárias ora constituídas é direta, na condição de responsável tributário legal.

Nessa condição, a lei impõe ao responsável tributário o dever instrumental de proceder ao desconto das contribuições previdenciárias ora em trato, à razão de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais de serviços prestados mediante cessão de mão de obra, e de efetuar o recolhimento das contribuições assim arrecadas, no prazo normativo, em nome da empresa prestadora.

Não procedem, portanto, as alegações recursais de que a responsabilidade do Recorrente seria subsidiária e a de que teria que ser observado o benefício de ordem.

Também não procede a alegação de que o prestador dos serviços teria efetuado, com correção, os pagamentos devidos.

A responsabilidade do Tomador dos serviços é direta, eis que figura como responsável tributário, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou

arrecadou em desacordo com o disposto na Lei de Custeio da Seguridade Social, a teor do §5º do art. 33 dessa mesma lei ordinária.

Daí a desnecessidade de se notificar as empresas prestadoras de serviço.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas ‘d’ e ‘e’ do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256/2001).

(...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito 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 o disposto nesta Lei. (grifos nossos)

Cumpre registrar, por relevante, que a hipótese de substituição tributária ora desenhada é exigida a contar da competência fevereiro/1999, por força cogente das disposições assentadas no art. 29 da citada Lei nº 9.711/98, *in verbis*:

Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998

Art. 29. O art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, produzirá efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999, ficando mantida, até aquela data, a responsabilidade solidária na forma da legislação anterior.

No caso em apreciação, relata o auditor fiscal notificante que a empresa notificada deixou de reter, oportuna e regularmente, o correspondente a 11% do valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços de transporte que lhe foram prestados mediante cessão de mão-de-obra, na condição de contratante de seus serviços, enquadrando-se a presente contratação no Art. 219, inciso XIX, do Regulamento da Previdência Social.

Diga o Relatório Fiscal:

“1. Este relatório é parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD acima, a qual se refere a ônus de natureza previdenciária, previsto em lei e decorrente da responsabilidade direta da Empresa, pelo descumprimento de norma legal de arrecadação e recolhimento de contribuições, ao deixar de reter, oportuna e regularmente, importâncias relativas a terceiros que lhe prestem serviços. O débito apurado corresponde a 11% (onze por cento) do valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, que deixaram de ser retidos e recolhidos pela notificada, em nome da

empresa cedente de mão-de-obra abaixo, na condição de contratante de seus serviços.

A. de C. SAKAI - ME

Endereço: Rua 13 de Junho, 528 - Bairro Sto. Antonio - Louveira - SP

CNPJ.: 03.697.59710001-63

2. Os valores consolidados nesta NFLD encontram-se relacionados no relatório Discriminativo Analítico do Débito - DAD, em anexo, e referem-se aos seguintes levantamentos:

RT2 - RETENÇÃO A. de C. Sakai - ME

RT3 - RETENÇÃO ORIENTE

Contratação de serviços, faturado segundo as Notas Fiscais de Serviço relacionadas no Relatório de Lançamentos - RL, onde, segundo contrato firmado entre as partes, a CONTRATADA prestará serviços de transporte de funcionários da CONTRATANTE, antes do início e após o término da jornada de trabalho dos mesmos e transporte de correspondências e pessoas entre uma unidade e outra, através de VAN especialmente alocada para este fim, em regime de fretamento contínuo, tratando-se, portanto, de serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra, e enquadrando-se a presente contratação no Art. 219, inciso XIX do Decreto nº 3.048/99."

Conforme já destacado anteriormente, a obrigação instrumental da contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra pela retenção e recolhimento das contribuições previdenciárias em tela houve-se por instituída pela Lei nº 9.711/98, que deu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212/91, cujo parágrafo quarto, além de elencar exemplificativamente, gêneros de serviços sujeitos ao regime da retenção, conferiu expressamente competência ao Regulamento da Previdência Social para estabelecer outros, além daqueles ali arrolados.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no §5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711/98)

(...)

§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 9.711/98).

§4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711/98).

- 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 6.019/74.*

Nessa prumada, no exercício da competência que lhe foi outorgada pela Lei de Custeio da Seguridade Social, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99, arrolou em seu art. 219 uma série de serviços que, se prestados mediante cessão de mão de obra, sujeitariam contratado e contratante ao regime da retenção aqui em debate.

Na mesma linhada, o inciso XIX do art. 219 do RPS estatuiu estarem sujeitos à retenção em tela as operações de transporte de cargas e passageiros. Posteriormente, o Decreto nº 4.729, de 9 de junho de 2003, modificou a redação do indigitado inciso XIX, excluindo da hipótese de incidência o transporte de cargas, passando a dispor que a “*operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão*” estaria sujeita ao regime da retenção ora em trato.

Conforme assinalado no Relatório Fiscal, os serviços de transporte de funcionários objeto do contrato em ribalta se revelam contínuos, consoante própria determinação contratual delimitadora do regime de fretamento consignada na Cláusula 1.1 do Contrato a fls. 49/52.

A não eventualidade e continuidade encontram-se patentes não somente no fato de a cláusula sétima do contrato prever a vigência deste por prazo indeterminado, mas, principalmente, pelo fato de a não eventualidade ser sindicada em razão da atividade empresarial realizada pelo tomador e/ou pelos fins colimados por este com a assinatura da avença.

No caso em pauta, o serviço contratado tem por objeto a prestação de transporte diário dos operários da contratante, no período da manhã da residência dos trabalhadores para o estabelecimento de trabalho e no sentido inverso, no período da tarde. A prestação ora aludida é diária, 5 dias por semana, 4 semanas e dias no mês, 12 meses por ano e assim adiante, contingência que denota a natureza contínua do serviço contratado.

Adite-se que a natureza continua do regime de fretamento ora em debate encontra-se expressa na cláusula 1.1. do contrato firmado entre as partes, a fls. 49/52, que reza *in verbis*:

“1. OBJETIVO

*1.1. Constitui objeto do presente contrato a prestação, pela TRANSPORTADORA, de serviços de transportes de funcionários da CONTRATANTE, antes do início e após o término da jornada de trabalho dos mesmos e transporte de correspondências e pessoas entre uma unidade e outra, através de VAN especialmente alocados para este fim, **em regime de fretamento contínuo.***

1.2. O transporte será feito de Jundiaí, para o estabelecimento da CONTRATANTE e vice versa, conforme itinerários e pontos de embarque e desembarque constantes do ANEXO I que rubricado pelas partes, integra este instrumento.

1.3. A CONTRATANTE poderá alterar os horários das viagens, conforme a necessidade de remanejamento das jornadas de trabalho de seus funcionários, comunicando à TRANSPORTADORA com antecedência mínima de 72 horas.

1.4. A TRANSPORTADORA utilizará 01 (um) van-topic com capacidade mínima para 14 passageiros, na operação dos serviços, objeto deste contrato”.

O Recorrente alega que os conceitos de permanência e continuidade estão atrelados à concepção de subordinação jurídica (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

O Recorrente está confundido vínculo empregatício (Art. 3º da CLT) com cessão de mão de obra (art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98).

Os trabalhadores que prestam os serviços à Autuada, mediante cessão de mão de obra, NÃO têm vínculo empregatício com o Grupo SEB do Brasil, mas, sim, com a empresa prestadora do serviço de transporte. Na relação jurídica de tais trabalhadores com a empresa prestadora do serviço de transporte é que têm que estar presentes todos os atributos da relação de emprego fixados no art. 3º da CLT aludido pelo Recorrente, não na relação entre tais trabalhadores e a Contratante.

Na relação de cessão de mão de obra inexistente o atributo da subordinação jurídica do trabalhador com a empresa contratante. Na cessão de mão-de-obra há a colocação pela empresa contratada à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados formalmente vinculados à empresa contratada, para a realização de serviços contínuos de interesse da empresa contratante, relacionados ou não com a atividade-fim da contratante, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

Em outras palavras, os trabalhadores são empregados da empresa contratada, na forma do art. 3º da CLT, mas são colocados por esta à disposição da empresa contratante para a execução de serviços contínuos de interesse desta, nos moldes pactuados no contrato de cessão de mão de obra.

O Recorrente alega que o transporte de cargas foi extirpado do elenco do art. 219 do RPS em junho de 2003.

Com efeito, o Decreto nº 4.729, de 09 de junho de 2003, modificou a redação do inciso XIX do art. 219 do RPS, excluindo da hipótese de incidência o transporte de cargas, mas mantendo sujeito à retenção de 11% o transporte de passageiros.

Ocorre, todavia, que as notas fiscais acostadas aos autos, e que serviram de base de incidência da retenção em debate, trata, tão somente, de transporte de funcionários, não de transporte de carga.

De acordo com os princípios basilares do direito processual, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A fiscalização comprovou, mediante documentação idônea, elaborada sob a responsabilidade e domínio do

próprio Recorrente, a existência da prestação de serviços de transporte de passageiros realizada mediante cessão de mão de obra.

Se há, por eventualidade, embutido nessas notas fiscais algum transporte de carga, caberia ao Notificado demonstrar e comprovar com documentos idôneos a ocorrência de tal circunstância, o quê não logrou realizar o Recorrente.

Por tais razões, não merece prosperar a alegação de desrespeito ao direito de defesa do Recorrente, uma vez que o lançamento incidiu, tão somente, sobre o transporte de passageiros destacado nas notas fiscais e em virtude de a subordinação ser atávica à relação jurídica entre o trabalhador e a empresa contratada, mas, não, com a empresa contratante.

Argumenta o Recorrente que as empresas optantes pelo SIMPLES, até 31/08/2002, não estão sujeitas à retenção.

Com efeito, o art. 142 da IN SRP nº 3/2005 estatui que mesmo a empresa optante pelo SIMPLES que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido. Todavia, o Parágrafo Único do citado art. 142 excluiu expressamente tal sujeição ao regime da retenção no período compreendido entre 01/01/2000 até 31/08/2002.

Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005

Art. 142. A empresa optante pelo SIMPLES, que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.

Tal disposição houve-se por reprisada, na íntegra, no art. 114 da IN RFB nº 971/2009.

Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009

Art. 114. A empresa optante pelo SIMPLES, que prestou serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, durante a vigência da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.

A fls. 1448/1495, o Recorrente fez coligar aos autos cópias autenticadas de Recibos de Entrega de Declaração Anual Simplificada referentes aos exercícios de 2001, 2002 e 2003, bem como DARF-SIMPLES recolhidos à honra da empresa A. de C. Sakai Transporte – ME, CNPJ 03.697.597/0001-63, referentes ao período de 01/01/2000 até 31/08/2002, demonstrando que a empresa prestadora em questão, no período indicado, figurava como optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

Assim, devem ser excluídas do lançamento as obrigações tributárias referentes à competência agosto/2002 e às competências anteriores a essa, em razão de, no período de 01/01/2000 até 31/08/2002, as empresas optantes pelo Simples não se encontrarem sujeitas ao regime da retenção em debate.

No que pertine ao pedido de perícia, cumpre de plano ressaltar, de molde a nocautear qualquer dúvida, que a perícia tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a solução da controvérsia objeto do litígio.

Nesse panorama, a produção de prova pericial revela-se apropriada e útil somente nos casos em que a verdade material não puder ser alcançada de outra forma mais célere e simples. Por tal razão, as autoridades a quem incumbe o julgamento do feito frequentemente indeferem solicitações de diligência ou perícias sob o fundamento de que as informações requeridas pelo contribuinte não serem necessárias à solução do litígio ou já estarem elucidadas, por meios, nos documentos acostados aos autos.

Estatisticamente, constata-se que grande parte dos requerimentos de perícia aviados no processo administrativo fiscal versa sobre o exame de assentamentos registrados na escrita fiscal do sujeito passivo, cujo teor já é do conhecimento do auditor fiscal no momento da formalização do lançamento, eis que sindicado e esclarecido durante todo o curso da ação fiscal.

Diante desse quadro, o reexame de tais informações por outro especialista somente se revelaria necessário se ainda perdurassem dúvidas quanto ao convencimento da autoridade julgadora quanto às matérias de fato a serem consideradas no julgamento do processo.

Por óbvio, nada impede que o contribuinte venha aos autos demonstrar a questão que se queira discutir no levantamento fiscal, e o motivo pelo qual a prova não possa ser trazida diretamente aos autos, já que os julgadores administrativos têm, como requisito para o exercício de suas funções, o conhecimento da matéria tributária.

Nada obstante, a palavra final acerca da conveniência e oportunidade da produção da prova pericial caberá sempre à autoridade julgadora, a teor do preceito inscrito *caput* do art. 18 do Decreto nº 70.235/72.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

*Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, **indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis**, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748/93) (grifos nossos)*

No caso vertente, a perícia se revela desnecessária eis que o processo se encontra perfeitamente instruído com todos os elementos necessários à consolidação da convicção da autoridade julgadora.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, devendo ser excluídas do lançamento as obrigações tributárias referentes aos fatos geradores ocorridos na competência agosto/2002 e nas competências anteriores a essa, em razão de, no período de 01/01/2000 até 31/08/2002, as empresas optantes pelo Simples não se encontrarem sujeitas ao regime da retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.