



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10932.000259/2007-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-010.542 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2023
Recorrente GRUPO SEB DO BRASIL PRODUTOS DOMÉSTICOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2000 a 28/02/2006

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Havendo comprovação de que o sujeito passivo demonstrou conhecer o teor da acusação fiscal formulada no auto de infração, considerando ainda que todos os termos, no curso da ação fiscal, foram-lhe devidamente cientificados, que logrou apresentar esclarecimentos e suas razões de defesa dentro dos prazos regulamentares, não há que se falar em cerceamento ao direito de defesa bem assim não há que se falar em nulidade do lançamento.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RETENÇÃO DE 11%. CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

As contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre cessão de mão-de-obra, diante da redação do art. 31 da Lei 8.212, de 1991, dada pela Lei 9.528, de 1997, aplicada à época do fato gerador, na qual o contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

O instituto da responsabilidade solidária visa a conferir maior proteção ao crédito tributário ao atribuir a mais de um sujeito a obrigação pelo seu adimplemento. A responsabilidade solidária não nasce com o fato gerador da obrigação tributária, mas sim com o inadimplemento da obrigação pelo contribuinte originário, que não restou comprovado nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Wesley Rocha, Flávia Lilian Selmer Dias, Fernanda Melo Leal, Alfredo Jorge Madeira Rosa, Maurício Dalri Timm do Valle, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado(a)), João Maurício Vital (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nas e-fls. 127, e seguintes, por *GRUPO SEB DO BRASIL PRODUTOS DOMÉSTICOS LTDA.*, contra o Acórdão de julgamento que decidiu pela parcial procedência da impugnação apresentada.

No caso foi reconhecida a decadência parcial do crédito fiscal, restando período remanescente a ser exigido.

O Acórdão recorrido (e-fls. 110) assim dispõe:

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD lavrada contra o contribuinte acima identificado, referente à retenção efetuada em razão dos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra. O valor do débito apurado é de R\$ 17.434,05 (dezesete mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e cinco centavos), consolidado em 18/06/2007).

2. De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 51 a 54, a presente NFLD abrange dois levantamentos, a saber:

0 RT4 - Retenção Partner - Dina Amaral - ME;

o RTS Retenção Partner Manutenção e Serviços S/C Ltda;

Segundo os contratos firmados entre as partes (juntados aos autos às fls. 34 a 37 e 27 a 30 respectivamente), as empresas contratadas se obrigam a prestar serviços de locação de mão-de-obra e limpezas técnicas, tratando-se, portanto, de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, enquadrando-se as contratações no artigo 219, § 2º, inciso I do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. - 3. De acordo com o previsto no artigo 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.

3.1 O contrato de prestação de serviços entre a empresa "Partner Manutenção e Serviços S/C Ltda" e a notificada dispõe em sua cláusula primeira - "objeto" - que:

"1.3 ~ A prestação de serviços será desenvolvida nas dependências da unidade da CONTRATANTE conforme local definido no CONTRATO, com frequência semanal para a mão-de-obra especializada e sempre nos dias que não houver produção Úfinais de semana) para limpezas técnicas. "

3.2 Idêntico teor possui a cláusula contida no contrato celebrado entre a Impugnante e a empresa "Partner - Dina Amaral - ME".

3.3 Portanto, verifica-se uma necessidade permanente e contínua da notificada com relação a esta prestação de serviço, enquadrado como uma cessão de mão-de-obra, como definido pelo artigo 31, § 3º da Lei nº 8.212/91:

“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.”

3.4 Detalhando ainda mais esta questão, a IN nº 03, de 14/07/2005, define o que são “serviços contínuos”, em seu artigo 143, § 2º:

”§2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.”

3.5 Os serviços prestados pelas duas empresas contratadas foram realizados periodicamente, constituindo-se, portanto, em uma necessidade permanente, isto é, dentro do conceito de cessão de mão-de-obra. De fato, as notas fiscais são emitidas para praticamente todos os meses, não se enquadrando, portanto, em uma empreitada.

3.6 O objeto do serviço realizado pelas empresas contratadas - locação de mão-de-obra e limpezas técnicas - se enquadra no rol de serviços elencados no artigo 219, § 2º, inciso I do RPS: .

”§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra: I - limpeza, conservação e zeladoria; ”

3.7 Além disso, o artigo 145, I da IN nº 03 dispõe que:

“Art 145. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, observado o disposto no art. 176, os serviços de:

I - limpeza, conservação ou zeladoria, que se constituam em variação, lavagem, enceramento ou em outros serviços destinados a manter a higiene, o asseio ou a conservação de praias, jardins, rodovias, monumentos, edificações, instalações, dependências, logradouros, vias públicas, pátios ou de áreas de uso comum; ”

3.8 Os fatos geradores dos valores lançados ocorreram com a inadimplência da Notificada em relação à obrigação de reter e recolher, regular e oportunamente, os 11% do valor bruto das notas fiscais, faturas e recibos emitidos pelas empresas de prestação de serviços contratadas. Sobre os valores brutos das notas fiscais, faturas e recibos houve a incidência da alíquota de 11%.

4. O lançamento encontra-se fundamentado na legislação discriminada no Anexo “Fundamentos Legais do Débito - FLD” (fls. 11/12).

5. Pelo descumprimento da obrigação acessória de efetuar a retenção dos valores constantes das Notas Fiscais, foi emitido o Auto de Infração nº 37.065.207-0.

Nas e-fls. 127, e seguintes, a recorrente apresenta seu Recurso Voluntário, reproduzindo as mesmas alegações de primeira instância, acrescentando o seguinte:

Preliminarmente:

- Diz que é nula a NFLD: contesta a decisão de piso quanto à prestação de serviço ser contínua e permanente para desenvolvimento das atividades contratadas; - Aduz que o próprio Discriminativo Analítico de Débito (DAD) da NFLD aponta para uma prestação de serviços não permanente e não contínua.

- nulidade por falta de requisitos para preenchimento da NFLD;

- desrespeito ao direito de defesa, alegando cerceamento do direito de defesa: aduz que os fatos não foram plenamente narrados e descritas de forma adequada, impossibilitando a contribuinte impugnar de forma precisa e clara;

Do mérito:

- quanto à retenção de 11%: alega que o fato gerador identificado comporta benefício de ordem, devendo ser atribuída a solidariedade subsidiária à recorrente, e não solidária;

- ilegalidade no arbitramento dos valores da autuação fiscal;

- extinção do crédito pelo pagamento da obrigação por parte da empresa contratada;

- ausência de notificação às empresas de serviço para verificação dos pagamentos das contribuições devidas.

A demanda posta em julgamento foi convertida em diligência, com o devido retorno, estando, portanto, apta para ser julgada.

É o presente relatório.

Voto

Conselheiro Wesley Rocha, Relator.

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo, bem como é de competência desse colegiado. Assim, passo a analisar o mérito.

DO RETORNO DA DILIGÊNCIA:

O processo foi convertido em diligência nos seguintes termos:

Segundo os contratos firmados entre as partes (juntados aos autos às fls. 34 a 37 e 27 a 30 respectivamente), as empresas contratadas se obrigam a prestar serviços de locação de mão-de-obra e limpezas técnicas, tratando-se, portanto, de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, enquadrando-se as contratações no artigo 219, § 2º, inciso I do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Não se verificou no caso serviços por empreitada.

O relatório fiscal indica os elementos da autuação, levando em consideração inclusive que as notas fiscais analisadas destacavam a retenção de 11% sobre o valor do serviço prestado, em razão da cessão de mão-de-obra praticada. Ademais, o contrato analisado determinava que os serviços prestados se dariam nas dependências dos estabelecimentos comerciais da empresa recorrente e solidária pelo tributo, atraindo sua responsabilidade ao fato gerador, segundo as normas tributárias e previdenciárias.

Ocorre que existem nos autos indícios de recolhimento dos tributos por parte dos prestadores dos serviços, e que poderia ser verificado no sistema da receita se de fato houve o recolhimento dos tributos apontados pela recorrente, que alega de forma insistente que o pagamento teria ocorrido e que essa prova seria de difícil acesso pela autuante.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por converter o julgamento em diligência, para que a unidade preparadora, informe se o tomador efetuou recolhimentos de retenção de 11%, nos

períodos de 12/2001 a 05/2002 (inclusive), e, em caso positivo, aponte o CNPJ dos prestadores de serviço.

As informações prestadas nesse processo deram conta de que não houve recolhimento dos serviços prestados, no período autuado, segundo se verifica da informação da e-fl. 187.

De igual forma, as informações apuradas do processo dão conta que não há comprovações de recolhimento de valores, conforme indicação da e-fl. 24, e também do relatório fiscal.

Assim, passo a analisar o mérito.

NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO

Alega a recorrente que não houve caracterização de cessão de mão-de-obra, à vista da inexistência da subordinação jurídica e das consequentes não-permanência e não continuidade; alega que houve indicação equivocada do enquadramento legal, afirmando cerceamento do direito de defesa.

Ocorre que o relatório fiscal é claro ao identificar os serviços prestados por meio de cessão-de-mão-obra, onde a recorrente contratou serviços *de limpeza e manutenção*.

Aduz a recorrente que a NFLD contém vícios, reconhecidos pela Administração, os quais não são passíveis de serem sanados, e que foi impossibilitada de realizar sua defesa de forma integral.

Entretanto, verifico do auto de infração e do relatório fiscal que a acusação se pauta em fatos geradores identificados e possíveis de contestação, tanto é que a contribuinte desenvolveu sua tese de defesa, e também atendeu aos critérios exigidos pela fiscalização para o lançamento fiscal.

Em processo administrativo fiscal as causas de nulidade se limitam às que estão elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972:

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993".

Já o art. 60 da referida Lei menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Nesse sentido, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *pas nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo. No presente caso, verifica-se que a recorrente teve ciência de todos os fatos que estavam sendo apontados, pois respondeu a todo questionamento da fiscalização, bem como indicou elementos solicitados para as conclusões do lançamento, não ocorrendo o cerceamento de defesa, pois o AI possui o indicativo dos critérios adotados, *quantum* autuado, bem como dos elementos que constituíram a infração e que foram inclusive objeto de questionamentos por parte do recorrente.

Nesses termos, revela-se inviável acolher a tese de nulidade do auto de infração, uma vez que estão descritos o devido enquadramento legal, observados os requisitos do disposto no art. 142 do CTN, onde foi verificada a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinando a matéria tributável, e calculando o montante do tributo devido, não se configurando qualquer óbice ao desfecho da demanda administrativa, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada ou anulação do crédito fiscal.

DA AUTUAÇÃO

À época do fato gerador, as contribuições previdenciárias incidentes sobre cessão de mão-de-obra obedeciam à redação do art. 31 da Lei 8.212, de 1991, dada pela Lei 9.528, de 1997:

“Art. 31. **O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra**, inclusive em regime de trabalho temporário, **responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados**, exceto quanto ao disposto no art. 23, **não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem**. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para garantia do cumprimento das obrigações desta Lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º Exclusivamente 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 atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997).

§ 3º **A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.** (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.1995).

§ 4º Para efeito do parágrafo anterior, **o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.** (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95). (Grifou-se.)

A matéria também era disciplinada pela Ordem de Serviço INSS/DAF nº 198, de 22 de dezembro de 1998, item 3.10:

3.10. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO COM CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA

A empresa prestadora dos serviços com cessão de mão-de-obra, deve elaborar folhas de pagamento e GRPS distintas por tomador de serviço e outra referente ao pessoal administrativo e operacional.

Preenchimento da GRPS:

Campos	GRPS dos empregados administrativos da empresa	GRPS dos empregados cedidos
Campos: 1 a 7 e 10	Dados da empresa prestadora	Dados da empresa prestadora
campo 8: Outras informações	• nº de empregados permanentes; • valor da folha de pagamento; • valor do pagamento feito a empresários e autônomos.	• nº de empregados cedidos para aquela tomadora; • nome e CGC da empresa tomadora; • nº, data e valor bruto da nota fiscal de serviço/fatura ou recibo à qual se vincula o recolhimento.
Campo 11: FPAS	515	515

Conforme se constata do artigo 31, §§3º e 4º, da Lei 8.212/91, *in fine*, os serviços prestados por meio de cessão de mão de obra, devem recolher o percentual de 11% da nota fiscal, conforme transcrição do citado artigo:

"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.

§ 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 IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974".

Visando regulamentar a Lei citada, do artigo 31 (8.212/91), foi publicado o Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, por meio do artigo 219, que determinou exatamente os serviços contratados pela recorrente seriam enquadrados para fins da retenção de 11% das referidas contribuições para os serviços relacionados à construção civil com utilização de material e mão-de-obra:

"Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999.

"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.**

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

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

IV - serviços rurais;

- V - digitação e preparação de dados para processamento;
- VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;
- VII - cobrança;
- VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;
- IX - copa e hotelaria;
- X - corte e ligação de serviços públicos;
- XI - distribuição;
- XII - treinamento e ensino;
- XIII - entrega de contas e documentos;
- XIV - ligação e leitura de medidores;
- XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;
- XVI - montagem;
- XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;
- XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;

(...)

§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante EMPREITADA de mão-de-obra."

Segundo os contratos firmados entre as partes (juntados aos autos às fls. 34 a 37 e 27 a 30 respectivamente), as empresas contratadas se obrigam a prestar serviços de locação de mão-de-obra e limpezas técnicas, tratando-se, portanto, de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, enquadrando-se as contratações no artigo 219, § 2º, inciso I do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Não se verificou no caso serviços por empreitada.

O relatório fiscal indica os elementos da autuação, levando em consideração inclusive que as notas fiscais analisadas destacavam a retenção de 11% sobre o valor do serviço prestado, em razão da cessão de mão-de-obra praticada. Ademais, o contrato analisado determinava que os serviços prestados se dariam nas dependências dos estabelecimentos comerciais da empresa recorrente e solidária pelo tributo, atraindo sua responsabilidade ao fato gerador, segundo as normas tributárias e previdenciárias.

Em seu Recurso Voluntário a recorrente não aponta nenhuma prova diferente do recolhimento devido com os valores exigidos, no presente auto de infração. Assim, não há como deferir o pleito da recorrente, uma vez que indício de prova dos pagamentos apresentou para o período exigido.

Nesse sentido, segundo Fábio Zambietti, "a cessão de mão de obra é a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou na 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. Já a contratação por meio de cessão de mão de obra "é o contrato derivado *locatio operarum*, onde o objeto da contratação é a mão de obra. Assim, a mão de obra envolvida é a razão de ser da existência do contrato. Por outro lado, a empreitada é a *locatio operis*, contratação na qual as partes visam a uma tarefa ou obra em sentido amplo, não se restringindo à construção civil. A mão de obra é mero meio de se atingir o fim desejado pelas partes (IBRAHIM, Fábio Zambietti, *in Curso de Direito Previdenciário*, 23ª Ed. Rev. Atua., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2018, pág.364).

Assim, verificada as condições do fato gerador, diante dos serviços prestados nas dependências da empresa recorrente, configurada está a cessão de mão-de obra e a incidência do tributo devido. Nesse caso, a legislação citada imputa a responsabilidade solidária direta, e não subsidiária, como pretende a contribuinte, conforme as normas já citadas acima.

Também, quando ocorre a solidariedade o fisco pode cobrar de forma independente e separada tanto de todos os solidários em conjuntos, como de forma isolada como é o presente auto de infração. A CRPS editou o Enunciado nº 30 (Resolução nº 1, de 31/01/2007, publicada no DOU de 05/02/2007), abaixo transcrito:

"Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços.

Tal responsabilidade é elidida, de acordo com a legislação em vigor, desde que se comprove ter a contratada efetuado o recolhimento prévio das **contribuições sociais relativas à nota fiscal ou fatura**, ou indicado a comprovação dos pagamentos devidos, o que não foi o caso dos autos. A inspeção nesse caso passa a ser responsabilidade da responsável tributária, ligada diretamente ao fato gerador, e que possui interesse comum nos atos ocorridos. No termo de encerramento da ação fiscal não foi constatado nenhum comprovante de pagamento dos tributos informados.

Entrelaçando a responsabilidade pela empreitada global, em mesmo sentido apontam as normas inscritas no art. 42 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 612/92, vigente à data de ocorrência dos fatos geradores.

Decreto nº 612, de 21 de julho de 1992.

Art. 46. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor destes serviços pelas obrigações decorrentes deste regulamento, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto às contribuições incidentes sobre faturamento e lucro, conforme o disposto no art. 28.

Por sua vez, a Lei 8.212, de 1991, art. 33, §§ 3º e 6º é explícita ao atribuir à fiscalização o poder de (a) lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, no caso de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente; (b) apurar e lançar as contribuições devidas quando constatar que a contabilidade não registra a realidade da remuneração dos segurados a seu serviço e (c) desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado, quando constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições que caracterizem tal condição:

Lei 8.212, de 1991

Art. 33

(...)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (no mesmo sentido, o art. 233 do RPS)

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário. (Grifou-se.)

Nesse sentido, acompanho a decisão de primeira instância, já que a prova do direito é de quem alega e nesse caso, caberia à recorrente apresentar as provas de sua alegação, uma vez que em processo tributário o ônus da prova é do contribuinte, quando acusado. Fato esse que não ocorreu.

Em processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente. Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei”.

Em igual sentido, temos o art. 373, inciso I, do CPC:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Encontra-se sedimentada a jurisprudência deste Conselho neste sentido, consoante se verifica pelo *decisum* abaixo transcrito:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2005

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

(...)

(Acórdão nº 3803004.284 – 3ª Turma Especial. Sessão de 26 de junho de 2013, grifou-se).

Assim, não assiste razão a recorrente.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, para não acolher as preliminares arguidas e no mérito negá-lo provimento.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha
Relator