ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19311.720411/2011-09

COPIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	19311.720411/2011-09
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9202-004.399 – 2ª Turma**
Sessão de	25 de agosto de 2016
Matéria	CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	SÃO PAULO SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2009, 2010

CONHECIMENTO. VALORAÇÃO DE PROVAS SUPOSTAMENTE DECORRENTES DA MESMA SITUAÇÃO FÁTICA.

Em se tratando do acórdão recorrido e do(s) paradigmas de mesma situação fática com caracterizada identidade probatória, é de se conhecer do feito, sob pena de se possibilitar a manutenção de decisões definitivas conflitantes em sede administrativa diante de idêntico suporte fático-probatório.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. AUSÊNCIA DE PROVAS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. RETENÇÃO.

Nos contratos administrativos de concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, o serviço delegado. Assim, inexistindo provas de que a Administração Pública exercia qualquer interferência direta nos serviços desempenhados pelos trabalhadores contratados, descaracterizado está o conceito de cessão de mão-de-obra para fins de aplicação da retenção prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer o Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (relatora), Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e Gerson Macedo Guerra, que não o conheceram, e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Elaine Cristina Monteiro e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Silva Vieira, Heitor de Souza Lima Junior e Luiz Eduardo de Oliveira Santos (presidente em exercício). Designado para redigir o voto vencedor quanto ao conhecimento o conselheiro Heitor de Souza Lima Junior.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

Trata-se de auto de infração lavrado contra o Município de São Paulo, por meio do qual exige-se o recolhimento da Contribuição Previdenciária prevista no art. 31, §3º da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.711/98, c/c o art. 219, §2º, inciso XIX do regulamento da Previdência, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, caracterizada pela retenção de 11% sobre o valor do documento fiscal emitido em razão da prestação de serviço de transporte público de passageiros. O entendimento do fiscal foi no sentido de os serviços prestados pelas empresas contratadas mediante contrato administrativo de concessão de serviço público, regido pelas Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, caracterizam verdadeira cessão de mão-de-obra em favor da municipalidade e como tal estariam sujeitos a retenção da citada contribuição.

O lançamento foi lavrado também contra a concessionária prestadora do serviço, classificada como responsável solidária da obrigação tributária.

Em sede de Impugnação a Prefeitura Municipal de São Paulo defende que no caso em tela inexiste cessão de mão-de-obra. Estaríamos diante de prestação de serviço público de transporte à população por meio de concessionários, os quais recebem como contrapartida as tarifas pagas pelos usuários - os verdadeiros tomadores do serviço, portanto não haveria fato gerador do tributo. Argumenta que se quer foi feita a verificação se houve o devido recolhimento da contribuição pela empresa prestadora do serviço.

A empresa solidária, entre outros argumentos, reforça o entendimento de inexistir fato gerador ensejador da retenção, tece esclarecimentos acerca das diferenças de concessão de serviço público e mera prestação de serviço ao Poder Público, afirma ter efetuado o recolhimento da totalidade da Contribuição Previdenciária incidente sobre a folha de pagamento dos funcionários vinculados ao contrato administrativo, defende a inexistência de solidariedade e questiona a base de cálculo apurada.

A Delegacia de Julgamento acolhendo os argumentos das Impugnantes julgou procedente as impugnações. Para o colegiado nos contratos de concessão de serviço publico - nos moldes do ora discutido - não há cessão de mão-de-obra. Expôs, por meio de um verdadeiro tratado, que não tendo sido configurada a cessão de mão-de-obra, assim entendida a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a sua atividade fim, não há que se falar em obrigação de reter e recolher à previdência social a importância correspondente a 11% do valor da nota fiscal ou fatura emitida pela empresa contratada. Afastou ainda, expressamente, *ad argumentandum tantum*, a solidariedade passiva.

Em recurso de ofício o Colegiado *a quo* confirmou, sem qualquer ressalva a decisão da Delegacia de Julgamento.

Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional citando acórdão paradigma que segundo ela trataria de situação fática exatamente idêntica a do acórdão recorrido, mudando apenas a empresa contratada. Naquela oportunidade o colegiado entendeu estar caracterizada a cessão de mão obra na prestação de serviço de transporte urbano de passageiros no Município de São Paulo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Foram apresentadas contrarrazões reiterando os argumentos da peça de impugnação e requerendo a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Da delimitação da lide:

Apenas à título de esclarecimento destaco que o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional insurgiu-se apenas contra a parte da decisão que julgou o lançamento improcedente em razão da não caracterização da cessão de mão-de-obra.

Tanto a decisão da Delegacia de Julgamento quanto o acórdão recorrido, apesar de afastarem a ocorrência do fato gerador abordaram a questão da responsabilidade tributária e em ambas decisões conclui-se pela inaplicabilidade do instituto ao presente processo. Tal conclusão não foi objeto do recurso.

Reforça as explicações acima o fato de o acórdão paradigma, apesar de ter concluído pela existência da cessão de mão-de-obra, ter decido no sentido de inexistir solidariedade passiva entre a Prefeitura de São Paulo e a empresa cessionária do serviço de transporte. Também no entendimento daquele colegiado o *"comando contido no inciso I do artigo 124 do CTN, que prevê a responsabilidade daqueles que têm interesse comum na ocorrência do fato gerador, não se aplica às hipóteses de contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, pois a lei é clara ao delimitar a responsabilidade exclusiva do contratante (art. 31 c.c. art. 33, § 5°, da Lei n° 8.212/91)"*.

Do conhecimento do recurso:

Analisando o teor da decisão recorrida, do Recurso Especial e do acórdão apontado com paradigma, julgo pertinente haver uma reavaliação do juízo de admissibilidade da peça recursal.

A Fazenda Nacional ao interpor seu recurso, afirma que a decisão recorrida, na parte em que considerou que os serviços de transporte coletivo público de passageiros noticiados nos autos não foram executados mediante cessão de mão-de-obra, divergiu do entendimento dado ao Acórdão nº 2302-003.083 da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Para a recorrente *"a situação fática trazida no acórdão paradigma é exatamente idêntica à do acórdão recorrido, qual seja, caracterização de cessão de mão-de-obra na prestação de serviço de transporte urbano de passageiros no Município de São Paulo, mudando apenas a empresa contratada"*.

Lembramos que o recurso é baseado no art. 67, do Regimento Interno (RICARF), o qual define que caberá recurso especial de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

No presente caso, ambas decisões - recorrida e paradigma - possuem o mesmo entendimento acerca da legislação, qual seja, é cabível a retenção de 11% sobre o valor do documento fiscal emitido em contratos administrativos que envolvem transporte coletivo de passageiros desde que fique configura cessão de mão-de-obra. Percebe-se, portanto, que o objetivo do recurso interposto é na verdade a realização da revisão do juízo de valor exercido pelos julgadores da turma *a quo*, fato que - conforme já me manifestei em outras ocasiões - deveria ser suficiente para ensejar o não conhecimento do recurso.

De toda forma, conhecendo o entendimento majoritário deste colegiado faço também outro apontamento que a meu ver nos leva a mesma conclusão.

Segundo se depreende do relatório do acórdão paradigma o contrato objeto daquele lançamento, apesar de possuir traços semelhantes com o contrato ora discutido, possui uma especificidade: trata-se de contrato de prestação de serviço, não submetido a processo de licitação e firmado única e exclusivamente para atender demanda emergencial da Municipalidade.

E para chegar a minha conclusão cito parte do voto do Conselheiro André Luís Mársico Lombardi, relator do acórdão paradigma:

> *Compatibilidade entre Cessão de Mão-de-obra e Concessão. Natureza Jurídica do Contrato. Nomen Iuris. Conceitos Doutrinários x Realidade dos Autos. Da análise dos autos, destaca-se, de largada, que importa muito pouco, para o presente voto, a forma de contratação dos serviços, se mediante delegação, nas suas formas de permissão e concessão; ou por intermédio de mero contrato administrativo de prestação de serviço. Importa-nos, muito mais, como, efetivamente, foram cumpridas as obrigações das partes, se mediante cessão de mão-de-obra ou não.* (grifei)

Ora, se nos dois processos estivéssemos diante de contratos administrativos de concessão de serviço público derivados do mesmo certame licitatório, poderíamos até supor que ambos seriam iguais, ou pelo menos semelhantes, não havendo qualquer variação substancial em suas cláusulas capaz de afastar o entendimento daquele colegiado caso o presente processo o fosse submetido.

Ocorre que pelas circunstâncias fáticas que envolveram a celebração do contrato analisado pelo acórdão paradigma e a respectiva prestação do serviço (atendimento a uma situação emergencial), apesar da semelhança exposta pelo relatório, não tenho segurança em afirma que estamos diante de instrumentos com conteúdos análogos e cujos serviços foram prestados segundo as mesmas regras.

Importante mencionar ainda o fato de (após o exame de admissibilidade) ter ocorrido a reforma do acórdão paradigma, tendo essa Câmara Superior - em sua composição anterior e por unanimidade dos votos, concluído pela não configuração da *"cessão de mão-de-obra determinada na Lei 8.212/1991 (colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços), mas sim a prestação de serviço determinado, em que o prestador assume o risco da atividade econômica, motivo do cancelamento do lançamento e do conseqüente provimento do recurso do contribuinte citado."*

Diante do exposto voto pelo não conhecimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Do mérito:

Vencida quanto ao conhecimento, passo a me manifestar quanto ao mérito do recurso o qual, conforme acima esclarecido, limita-se a discutir se há nos autos elementos suficientes para caracterizar como cessão de mão-de-obra a prestação de serviço público de transporte de passageiros contratado mediante contrato administrativo de concessão de serviço público.

E neste aspecto comungo do entendimento externado pela decisão da Delegacia Fiscal e também do colegiado *a quo* para os quais inexiste provas quanto a ocorrência da cessão de mão-de-obra haja vista a ausência de caracterização de um dos elementos essenciais: colocação do segurados empregados da contratada à disposição da contratante.

A obrigação dos tomadores de serviços de cessão de mão-de-obra de reterem 11% sobre as faturas e notas fiscais correspondentes está prevista no art. 31 da lei nº 8.212/91, com a seguinte redação:

> *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.*
>
> *§ 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;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

§ 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo.

No caso do serviços de transporte de passageiros a obrigatoriedade da retenção está prevista no art. 219, §2º, XIX do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

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.

§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;

...

A leitura dos dispositivos acima revelam que só estará obrigado à retenção aquele que contrata a cessão de mão-de-obra. Assim, na prática, em cada contrato administrativo de prestação de serviços em favor do Poder Público, deve ser observado se há o elemento caracterizador da cessão de mão-de-obra, qual seja, se os empregados do cedente são postos à disposição do tomador dos serviços, à semelhança do que ocorre em uma relação de emprego.

Ora, como exaustivamente esclarecido na decisão de primeira instância e na decisão recorrida, estamos diante de contrato administrativo de concessão de serviço público de prestação de transporte coletivo de passageiros. Tal contrato é regido pelas leis 8.666/93 e 8.987/95 sendo que essa em seu art. 2º, II, conceitua concessão de serviço publico como sendo a delegação de funções essenciais do estado à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Doutrinador Hely Lopes Meirelles, na obra Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição, p. 370/371, esclarece que "*serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão".*

Os professores Roque Antonio Carrazza e Eduardo Domingos Bottallo (in Revista Dialética de Direito Tributária nº 169. p. 136), sintetizaram muito bem a diferença ora discutida:

> *A cessão (ou locação) é espécie do gênero prestação de serviços e se configura quando esforço humano posto à disposição do contratante (tomador dos serviços) consiste na própria colocação da mão-de-obra, para que este dela faça uso, segundo suas conveniências e necessidades.*
>
> *Por outro lado, pode haver a contratação de prestação de serviços mediante utilização de pessoal pertencente a quadro próprio do prestador, que se encarrega da respectiva execução, ou, em outras palavras, de dar cumprimento à assumida obrigação de fazer. Nestes casos, embora exista prestação de serviços, não há cessão de mão-de-obra.*
>
> *Como vemos, o elemento diferenciador entre a prestação de serviço (gênero) e a cessão ou locação de mão-de-obra (espécie) reside no seguinte: se não houver subordinação dos empregados ao contratante (tomador de serviços), não haverá cessão ou locação de mão-de-obra, mas apenas prestação de serviço. Já pelo contrário, se a sujeição dos empregados às ordens do tomador do serviço for característica marcante do contrato, então, aí sim, haverá autêntica prestação de serviços mediante cessão ou locação de mão-de-obra.*

Diante dessa premissa é possível afirmar com segurança que no caso concreto não houve cessão de mão de obra, afinal o objeto do contrato era exatamente a prestação de um serviço pelo particular e não a contratação de mão de obra pelo Município. Para Prefeitura de São Paulo não importava a forma como os segurados empregados da contratada iriam executar o serviço, esses trabalhavam sob a gerência da própria contratada, o que lhe importava era o produto final da prestação: transporte eficiente, contínuo e com segurança a todos os cidadãos.

Na prática são poucos os contratos de concessão de serviço público celebrados pela Administração Pública em que esta interfere diretamente nos trabalhos desenvolvidos pelo particular contratado, na grande maioria dos casos o ente não exerce qualquer ato de coordenação direta sobre os trabalhos da empresa contratada. Em regra o Poder Público limita-se a verificar o regular cumprimento do contrato nos termos em que fixado pelo edital e essa interferência indireta é decorrência lógica do fato de a concessão ser sempre feita no interesse da coletividade, e, assim sendo, o concessionário ter o dever de prestar o serviço em condições adequadas para o público.

A própria Constituição Federal, art. 175, parágrafo único, prevê esse Poder-Dever da Administração Pública de regulamentar e fiscalizar os contratos de concessão de serviços públicos, exigindo do legislador a edição de lei para dispor sobre (I) o regime das

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (II) os direitos dos usuários; (III) política tarifária; e (IV) a obrigação de manter serviço adequado.

E aqui estamos falando da já citada Lei nº 8.987/95, cujo art. 23 traz quais são as cláusulas essenciais que devem constar dos contratos administrativos de concessão de serviço público:

> *Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:*
>
> *I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;*
>
> *II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;*
>
> *III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;*
>
> *IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;*
>
> *V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;*
>
> *VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;*
>
> *VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;*
>
> *VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;*
>
> *IX - aos casos de extinção da concessão;*
>
> *X - aos bens reversíveis;*
>
> *XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;*
>
> *XII - às condições para prorrogação do contrato;*
>
> *XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;*
>
> *XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e*
>
> *XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.*

Mais uma vez tomando os ensinamentos do Administrativista Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição p. 379/380) ressaltamos: a "*fiscalização do serviço concedido cabe ao Poder Público concedente, que é o fiador da sua regularidade e boa execução perante os usuários. Já vimos que serviços públicos e serviços de*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

utilidade pública são sempre serviços para o público. Assim sendo, é dever do concedente exigir sua prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas (art. 6º, §1º). Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas e punir as infrações regulamentares e contratuais."

A meu ver as cláusulas integrantes do contrato celebrado entre a Prefeitura de São Paulo, por meio de sua Secretaria Municipal de Transportes, e o particular prestador do serviço, que na visão da Fiscalização ajudaram a caracterizar a cessão de mão de obra, são cláusulas que visaram exclusivamente dar cumprimento a determinação legal. Vale citar: trajetos e horários das viagens, quantidade e qualidade dos recursos materiais e humanos empregados, forma de remuneração direta (tarifas) e indireta (receitas adicionais), entre outros.

No mais, parece inexistir fundamento para a alegação de que teria ocorrido a cessão de mão-de-obra pelo simples fato de que a empresa contratada deixou de contar com a força do labor dos profissionais 'cedidos', ou seja, esses não estariam disponíveis para realização de outro trabalho; por questão lógica uma mesma pessoa não pode, em um mesmo momento, desempenhar suas funções em dois locais distintos. Vale citar ainda, que inexistia no contrato qualquer cláusula de exclusividade de atuação de determinado funcionário.

Portanto, não havia qualquer impedimento do trabalhador ser deslocado pelo particular para exercer outras funções, o que havia era o impedimento de que o serviço fosse interrompido, devendo a contratada diligenciar no sentido de haver a manutenção do número de funcionários suficientes para o seu fiel cumprimento do contrato.

Destaca-se que entre cláusulas contratuais que tratavam de mão-de-obra havia apenas a exigência de *operar somente com pessoal devidamente capacitado e habilitado, mediante contratações regidas pelo direito provado e legislação trabalhista, assumindo todas as obrigações delas decorrentes, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros contratados pelo operador e o Poder Público*, e ainda a obrigação de *apresentar, quando solicitado, a comprovação de regularidade das obrigações previdenciárias e para com o FGTS.*

O fato de haver previsão de serem estabelecidos critérios (cláusula 19.1.25) para realização dos descontos das parcelas da remuneração dos funcionários destinados ao pagamento do INSS, a meu ver, trata-se de questões operacional necessária. Estamos diante de um mesmo serviço que visa atender usuários de todo o município, entretanto é prestado por pessoas jurídicas distintas. Para não haver tratamento desigual entre os funcionários contatados pelo particular, gerando conflitos que poderiam prejudicar a correta prestação do serviço em sua totalidade, era crível que se estabelecesse um tratamento padrão.

No mais, importante citar que o art. 71 da Lei nº 8.666/93 deixa claro que a responsabilidade pelos 'encargos trabalhistas' é da empresa contratada, sendo o Poder Público solidário apenas nos casos do descumprimento das obrigações previdenciárias:

> *Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*
>
> *§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.*

CÓPIA

E aqui julgo pertinente fazer uma consideração sobre a remissão ao art. 31 da Lei nº 8.212/91. Por ora tenho dúvidas se a intenção do legislador foi a de exigir dos entes públicos a retenção dos 11% sobre a prestação do serviço.

Isso porque a redação do art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi dada pela Lei nº 9.032/95, sendo que nessa época a redação do art. 31 da Lei nº 8.212/95 não trazia qualquer previsão de retenção, na verdade apenas afirmava - nos termos do parágrafo segundo - que a Administração Pública era responsável solidária com os contratantes em relação aos débitos previdenciários. A obrigação da retenção surge a primeira vez apenas em 1998, com redação dada ao art. 31 pela Lei nº 9.711.

Por fim, **apesar de não ser esse o entendimento da maioria deste colegiado**, manifesto-me que deve ser considerado o fato de que a retenção cobrada nada mais é do que uma antecipação do valor devido à título de contribuição correspondente aos 20% sobre a remuneração paga aos segurados. Assim, mesmo que tenha sido descumprida a obrigação e mesmo que haja a presunção de retenção nos termos do art. 33, §5º da Lei nº 8.212/91, a meu ver, essa regra não legitima a cobrança em duplicidade do crédito tributário, ou seja, havendo prova de que a empresa contratada pagou corretamente o débito (como ocorre nos autos), seria inviável exigir-se o correlato crédito do Poder Público.

Diante do exposto, ausente qualquer prova capaz de caracterizar cessão de mão de obra, nego provimento ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencedor

Heitor de Souza Lima Junior, Redator designado

Com a devida vênia ao posicionamento esposado pela Relatora, ouso discordar quanto ao conhecimento do pleito.

Inicialmente, admito já ter me posicionado no sentido de não estar contemplada na cognição desta instância a solução de divergências decorrentes de exclusiva divergente valoração probatória na instância ordinária, a qual deveria ser resolvida através do instituto processual da conexão entre feitos (vide, a propósito, Declaração de Voto no âmbito do Acórdão CSRF 9202-004.252, de 22 de junho de 2016).

Todavia, vislumbro necessidade de rever o referido posicionamento, especificamente no caso em que haja identidade fático-probatória nítida entre Acórdão recorrido e paradigma, de forma a que, uma vez também não mais se devendo declarar conexos os processos (recomendável somente a conexão até o momento da distribuição, agora, em meu entendimento), caso não se conheça do Recurso, possa se estar a referendar decisões definitivas conflitantes em termos de critério jurídico aplicado em casos com nítida identidade fático-probatória.

Explico melhor. Há casos em que, repita-se, tem-se: a) Identidade fático-probatória caracterizada entre os feitos recorrido e paradigma(s); b) As decisões de piso são conflitantes em termos do critério jurídico aplicado aos dois cenários fático-probatórios (idênticos para fins de aplicação da solução jurídica) e c) Não é mais recomendável que se declare, a esta altura, a conexão entre os feitos, visto que um deles ou ambos já foi objeto de distribuição, de forma a que, assim, reste priorizado por este Órgão o princípio do juiz natural e garantida, desta forma, a completa imparcialidade deste Conselho, objetivo-núcleo de tal princípio.

Em tal cenário (e somente neste cenário, onde presentes as três condições acima, de forma cumulativa) entendo que, a fim de evitar a insegurança jurídica que adviria da prolação, por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de duas soluções jurídicas distintas, de caráter definitivo, diante de idênticos arcabouços fático-probatórios, deva se debruçar também esta Câmara Superior, aqui, sobre o Recurso Especial admitido, buscando-se, assim, que se tenha, no âmbito deste CARF, decisões jurídicas uniformes acerca de um mesmo tema, quando considerados idênticos cenários fático-probatórios.

Feita tal digressão e atendo-me especificamente agora ao caso em concreto, novamente com a devida vênia ao entendimento esposado pela Relatora, vislumbro clara identidade entre as situações fáticas dos Acórdãos recorrido e paradigma e também entre os contratos utilizados para fins de contratação do transporte público de passageiros sob análise nos feitos recorrido e paradigmático, não interferindo, em meu entendimento, para fins de análise da caracterização ou não do instituto de cessão de mão de obra (cerne do caso em questão), nem o *nomen juris* do contrato e nem a modalidade sob o qual foi realizado (mesmo certame licitatório ou não), sendo relevante, sim, a meu ver, a coincidência entre as cláusulas contratuais de interesse para análise do instituto, de forma a ter restado caracterizada, assim, a identidade fático-probatória supramencionada.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Destarte, diante de tal cenário, em que pese meu entendimento anteriormente manifestado acerca do limite de cognição desta Turma estar limitada a solução de divergências de natureza exclusivamente interpretativa, curvo-me, aqui, uma vez, repita-se, caracterizada as divergentes decisões de piso em cenários fático-probatórios idênticos para fins de caracterização do instituto de cessão de mão de obra, e, também repetindo, uma vez não mais recomendável a reunião dos feitos por conexão a esta altura (há feito distribuído já em julgamento), à necessidade de se conhecer do pleito fazendário, sob pena de se estar a promover grave insegurança jurídica pela possibilidade de manutenção, por este CARF, de decisões administrativas definitivas conflitantes, sem que se caracterize, entre os diferentes casos, dessemelhança suficiente, seja quanto à situação fática, seja quanto aos elementos de prova relevantes para a decisão do feito.

Assim, voto por conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI, Assinado digitalmente em 23/09/2016 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 30/09/2016 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 30/09/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA