



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

Processo nº 19311.720479/2011-80
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 2302-003.083 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2014
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Órgãos Públicos
Recorrente 6ª Turma da DRJ/CPS
Interessado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES E OUTROS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OPERAÇÃO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS, INCLUSIVE NOS CASOS DE CONCESSÃO OU SUB-CONCESSÃO. PREVISÃO NORMATIVA EXPRESSA.

O artigo 219, § 2º, do Regulamento da Previdência Social - aprovado pelo Decreto 3.048/99, é categórico no sentido de que a operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão, é passível de enquadramento na cessão de mão-de-obra, sem embargo da necessidade de comprovação, no caso concreto, do preenchimento de todos os pressupostos caracterizadores da cessão de mão de obra, que se encontram descritos no artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXECUÇÃO MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OBRIGAÇÃO DA CONTRATANTE. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE 11% DO VALOR DA NOTA FISCAL OU FATURA EMITIDA PELA PRESTADORA DO SERVIÇO.

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, há a obrigação de reter e recolher a importância correspondente a 11% do valor da nota fiscal ou fatura emitida pela empresa contratada.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. PODER DE COMANDO. RELAÇÃO JURÍDICA QUE SE ESTABELECE ENTRE CONTRATANTE E CONTRATADO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TOMADOR DE SERVIÇOS E TRABALHADORES.

Se o poder de comando ou de controle sobre os empregados estiver com o contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra, restará configurada o contrato de emprego e, conseqüentemente, a intermediação ilícita de mão de obra (artigo 9º da CLT e Súmula 331, I, do TST). O poder de comando que deve haver na cessão de mão de obra é, exclusivamente, sobre os serviços contratados, o que é bem diferente de haver poder de comando do tomador de serviços sobre os trabalhadores.

Recurso de Ofício Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade em dar provimento parcial ao Recurso de Ofício para restabelecer a integralidade do lançamento apenas quanto ao devedor Município de São Paulo - Secretaria Municipal de Transportes, porque configurada a prestação de serviço com cessão de mão de obra, mantendo excluída a sujeição passiva solidária da empresa Himalaia Transportes Ltda. Vencidos na votação os Conselheiros Bianca Delgado Pinheiro, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Leonardo Henrique Pires Lopes, que entenderam pela ilegitimidade passiva do Município de São Paulo-Secretaria de Transportes para figurar no pólo passivo da autuação fiscal.

(assinado digitalmente)

LIEGE LACROIX THOMASI – Presidente

(assinado digitalmente)

ANDRÉ LUÍS MÁRSICO LOMBARDI – Relator

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

Relatório

Trata-se de recurso de ofício em face da decisão de primeira instância que, por unanimidade de votos, julgou a impugnação procedente, exonerando o crédito tributário lançado no montante de R\$ 25.826.805,79, já incluídos os juros e a multa.

Adota-se trechos do relatório do acórdão do órgão *a quo* (fls. 909 e seguintes), que bem resumem o quanto consta dos autos:

Do lançamento

*Consoante o relatório fiscal do processo em referência, o Auto de Infração nº 37.323.354-0 foi lavrado para a constituição do crédito equivalente a **11% dos valores pagos à empresa Himalaia Transportes Ltda., no período de 01/2006 a 12/2007, pela prestação, em caráter emergencial, de serviços de transporte coletivo público de passageiros do subsistema estrutural da ÁREA 4**, no município de São Paulo, cuja retenção e ulterior recolhimento à previdência social incumbiam ao mencionado ente público, na condição de tomador dos serviços executados mediante cessão de mão de obra, conforme disposto no **art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, c/c o art. 219, § 2º, inciso XIX do Regulamento da Previdência Social**, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.*

Mencionado relatório é composto de diversos itens, dentre os quais destacamos os seguintes:

■ “BREVE HISTÓRICO” (item 4)

Depois de um breve esboço histórico da legislação reguladora do transporte coletivo urbano de passageiros no Município de São Paulo, este item explicita, em síntese, que, atualmente:

- a) a execução desse serviço é delegada a diversas empresas ou consórcios de empresas, por meio de contratos de concessão;*
- b) as concessionárias obrigam-se a vincular, ao serviço essencial prestado, todos os meios materiais e humanos por eles empregados na operação, incluindo pessoal, veículos, garagens e equipamentos;*
- c) **o Município determina estritamente todas as condições para a adequada execução do serviço,***

especificando o percurso e os horários dos ônibus, bem como a quantidade e a qualidade dos recursos (materiais e humanos) a serem disponibilizados pela cedente, sendo, para tanto, emitidas pela “SPTrans” Ordens de Serviço de Operação- OSO, relativamente a cada área, explicitando todas as características operacionais do serviço;

- d) os prestadores devem fazer o dimensionamento das equipes a partir do número de horas de operação efetivamente contratada e da jornada de trabalho vigente, respeitados os Acordos Coletivos das respectivas categorias, inclusive enviando à “SPTrans”, mensalmente, o quantitativo de empregados, por categoria, utilizados na prestação do serviço.
- e) a verificação da regularidade na prestação do serviço terceirizado, nos termos exigidos, é feita pela tomadora através de fiscalização efetiva, tanto por meio de funcionários de setor especializado, como também por meios eletrônicos;
- f) o não cumprimento do serviço estabelecido pela OSO implica em descontos no valor a ser remunerado ao prestador, além do que, a inobservância das condições estipuladas pela contratante sujeita o prestador do serviço às penalidades contratualmente previstas, podendo, conforme o caso, ocorrer, ainda, intervenção no serviço ou rescisão do contrato;
- g) a remuneração dos contratados é calculada por meio de planilha técnica de custos operacionais, elaborada de acordo com as fórmulas constantes das cláusulas contratuais que tratam "Da Remuneração pelos Serviços" e seus aditivos;
- h) tem-se, portanto, à disposição da Secretaria Municipal de Transportes meios materiais e humanos fornecidos por particulares, que realizam o serviço nos locais indicados pela tomadora, de forma contínua e sob sua fiscalização, tudo para a consecução de seu objeto social (sic);
- i) são firmados contratos entre a Prefeitura do Município de São Paulo (representada pela Secretaria Municipal de Transportes) e a “SPTrans”, cujo objeto é a prestação de serviços especializados de gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte, compreendendo a manutenção do sistema de pagamento aos operadores do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros;

- j) os pagamentos aos operadores do transporte são registrados na contabilidade da “SPTrans” em uma conta própria ("Conta Sistema"), que não afeta seu resultado, ou seja não gera receita, nem despesa para a empresa;
- k) basicamente, tem-se a entrada de recursos representada pela venda dos bilhetes de passagem (atualmente venda de créditos do Bilhete Único), mais os valores repassados pela Prefeitura (gratuidades e compensação tarifária), e as saídas quando do pagamento aos operadores que prestam serviços no sistema de transporte coletivo;
- l) o valor da remuneração nos serviços regulares corresponde ao produto de dois fatores: o valor da remuneração ofertada em sua proposta comercial e o número de passageiros registrados;
- m) tais valores são ajustados, nos termos do contrato e seus aditivos, considerando o Índice de Integração e o Índice de Gratuidade, dentre outros critérios contratualmente e legalmente previstos;
- n) a operação das linhas deve ser realizada em conformidade com o Edital, contrato de concessão, normas legais e regulamentações expedidas pela Secretaria Municipal de Transportes, bem como de acordo com as Ordens de Serviço emitidas pelo Poder Concedente, onde também estão estabelecidas as características operacionais dos serviços para cada linha, incluindo definição de trajetos, horários, frota necessária, etc.;

■ **“LEGISLAÇÃO CORRELATA”** (item 5)

Aqui são reproduzidos alguns dispositivos legais e regulamentares que, na visão da autoridade fiscal, legitimam a exigência consubstanciada no auto de infração acima referido.

■ **“CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR”** (item 6)

Neste item, após confrontar os fatos articulados no item “HISTÓRICO” com dos dispositivos apontados no item “LEGISLAÇÃO CORRELATA”, a fiscalização extrai as seguintes conclusões:

- 1ª) que houve prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, tendo em vista que:*

**o serviço de operação de transporte de passageiros está
elencado no rol dos serviços que podem ser prestados**

mediante cessão de mão-de-obra (RPS art. 219, § 2º, inciso XIX);

▪ há disponibilização de trabalhadores da contratada à contratante quando não há como a contratada contar com os trabalhadores, pois estes estão realizando os serviços nas condições previamente estabelecidas no contrato;

▪ o local da prestação foi indicado pela contratante; e

▪ o serviço em questão é uma necessidade permanente de qualquer empresa que gerencie o transporte coletivo de determinada localidade que esse serviço seja prestado.

2ª) que, por conseguinte, estava o Município adstrito às obrigações previstas no art. 31 da Lei nº 8.212/91, quais sejam a de “reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços” e de “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”.

■ “SOLIDARIEDADE PASSIVA” (item 7)

No presente item, o AFRFB autuante noticia a lavratura de Termo de Sujeição Passiva Solidária – TSPS contra a empresa Himalaia Transportes Ltda., face ao seu entendimento de que esta é solidariamente responsável com o Município de São Paulo pelo pagamento dos valores lançados, a teor do disposto no art. 124, I e II, e art. 128 do Código Tributário Nacional, bem como no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

■ “APURAÇÃO DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO” (item 8)

Por fim, neste item 8 o auditor fiscal explicita o modo de apuração da base de cálculo das importâncias lançadas, sobre as quais restou aplicada a alíquota de 11% de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Da impugnação

Inconformados com o lançamento, o Município de São Paulo e a empresa Himalaia Investimentos e Participações Ltda. (atual denominação da Himalaia Transportes Ltda.) impugnaram-no por meio de expedientes em que postularam o cancelamento do auto de infração mediante as seguintes alegações, em síntese:

▪ **Alegações do Município de São Paulo**

1ª) A fiscalização não averiguou se a concessionária recolheu ou não as contribuições cuja ausência de retenção é objeto do auto de infração ora impugnado, providência essa que é imprescindível para a legitimidade da autuação,

pois, se houve tal recolhimento, é claro e inequívoco que não há que se falar em qualquer débito perante o INSS, mas sim, no máximo, em eventual multa por descumprimento de obrigação acessória;

2ª) Quanto ao mérito, é certo que a prestação de serviço relacionada com o transporte coletivo efetivado pelas concessionárias no Município de São Paulo não é cessão de mão-de-obra e, por isso, ausente a ocorrência do fato gerador relativo ao tributo cobrado no presente Auto;

3ª) Com efeito, para que haja a cessão de mão-de-obra, nos termos da Lei 8.212/91, é necessária a colocação de empregados à disposição do contratante, ou seja, a disponibilização de funcionários da empresa contratada à contratante, para que sejam por esta aproveitados, em suas dependências ou nas de terceiros, para realizarem serviços de forma contínua relacionados ou não com a atividade-fim da contratante, o que não ocorreu no caso sob exame, em que:

▫ os empregados das empresas operadoras (motoristas, cobradores e fiscais) não ficam e nem nunca ficaram à disposição da contratante e nem mesmo com ela se relacionam ou relacionaram diretamente; e

▫ o serviço objeto do contrato firmado com a empresa operadora, obviamente, não foi prestado nas dependências da contratante e, tampouco, na de terceiros, uma vez que foi prestado nas vias públicas.

4ª) Desta forma, resta incontroverso que as empresas particulares operadoras do Transporte Coletivo atuantes como prestadoras de serviços públicos eram e são responsáveis pelos contratos de seus empregados, dirigindo-lhes os trabalhos e assumindo os riscos da atividade econômica, incluindo nesse entendimento a obrigação previdenciária em discussão;

5ª) Ademais, a contratação das concessionárias teve como intuito a prestação de serviço público de transporte à população por meio dessas empresas, as quais recebem como contrapartida, as tarifas pagas pelos usuários, nos termos do artigo 175 da CF, segundo o qual estabelece incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação dos serviços públicos;

6ª) O serviço de transporte público municipal, de titularidade do Poder Público não se desnatura quando sua execução é delegada aos concessionários, pelo que não se está diante de terceirização mediante contrato de prestação de serviço, mas sim de delegação de serviço público, por

meio de concessão, decorrente de licitação, no qual é o usuário o verdadeiro tomador do serviço público, custeando-o, ou seja, no serviço público concedido, o tomador do serviço é o usuário, que paga por ele mediante tarifa, a relação é direta;

7ª) O Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de São Paulo e sua política tarifária adotada para manutenção, é calcada em um complexo Sistema de Bilhetagem Eletrônica, o "Bilhete Único", no qual o beneficiário pode antecipar o custo da utilização;

8ª) Todavia, a possibilidade do usuário poder se dirigir a um dos postos de venda do "Bilhete Único" e com seu cartão creditar-se, pagando a tarifa antecipadamente, que será descontada quando for registrada na catraca do coletivo a efetiva utilização do serviço de transporte, não descaracteriza a concessão do serviço público;

9ª) O que está servindo de hipótese de incidência e de base de cálculo, in casu, é o repasse dos custos (valores antecipados pelos usuários) aos concessionários, ou seja, a contrapartida pelo serviço prestado aos munícipes, enfim, a remuneração pela atividade em funcionamento, a qual não é fato gerador das contribuições lançadas – até porque, os valores "creditados" no Bilhete Único nunca pertenceram ao Município, pois, até a efetiva utilização do serviço, tais valores são dos usuários, verdadeiros tomadores do serviço público de transporte, enquanto, após a utilização do serviço, os valores são dos concessionários;

10ª) Além de tudo o que foi dito, cumpre expor que há jurisprudência do TRF3 no sentido de que o Decreto 3.048, ao incluir o transporte entre os serviços sujeitos à retenção prevista no artigo 31 da Lei 8.212/91, exorbitou o seu poder regulamentar, uma vez que em tal serviço não há cessão de mão-de-obra (aqui, a impugnante reproduz a ementa da sentença proferida nos autos do mandado de segurança nº 2002.61.19.0016654/ SP).

(...)

A DRJ não conheceu da defesa interposta pela Himalaia Investimentos e Participações Ltda, reconhecendo que, em razão da intempestividade da impugnação apresentada, não se instaurou a fase litigiosa relativamente a este empresa. Quanto à defesa da municipalidade, está foi conhecida e, como já afirmado, foi provida nos seguintes termos:

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade e em conformidade com o voto do relator, em conhecer da impugnação interposta pelo Município de São Paulo e;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/04/2014 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 01/04/2014 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 01/04/2014 por LIEGE LACROIX THOMA
SI

Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- a) quanto ao mérito, julgá-la procedente, exonerando a referida entidade pública – e, por via reflexa, a Himalaia Transportes Ltda. – do crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração nº 37.323.3540; e
- b) recorrer de ofício desta decisão ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, com base no inciso II do art. 25 e no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6-3-1972, c/c o inciso I do art. 366 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.

Destaque-se ainda, do brilhante voto, que o que justificou a celebração, entre a Prefeitura do Município de São Paulo e a Himalaia Transportes Ltda., de contratos de prestação de serviço, ao invés de contrato de concessão (que é a regra definida na legislação daquela unidade federativa), foi a emergência surgida com extinção antecipada da concessão anteriormente deferida a outra pessoa jurídica que operava o serviço de transporte coletivo na Área 4. Aludida emergência foi, aliás, a circunstância invocada para a contratação da “Himalaia” sem a realização de prévia licitação pública (contrariando, agora, a regra definida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei nº 8.666/93). Assim, a Prefeitura do Município de São Paulo, valendo-se da prerrogativa que lhe confere o § 2º do art. 6º da Lei municipal nº 13.241/2001, procedeu, por meio dos contratos noticiados nos autos, à transferência da operação do serviço de transporte na Área 4 à Himalaia Transportes Ltda. – e, reiteramos, sem prévia licitação pública, como lhe faculta o inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Não houve apresentação de recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator André Luís Mársico Lombardi

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.

Frise-se ainda que a linha aqui adotada vislumbra como teoricamente viável a ocorrência da cessão de mão-de-obra em serviços em regime de concessão, no que concordamos com as disposições contidas no artigo 219, § 2º, do Regulamento da Previdência Social – aprovado pelo Decreto 3.048/99, que é categórico no sentido de que “a operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão, é passível de enquadramento na cessão de mão-de-obra”. Por outro lado, a previsão regulamentar não significa dispensa da necessidade de comprovação, no caso concreto, do preenchimento de todos os pressupostos caracterizadores da cessão de mão de obra, que se encontram descritos no artigo 31 da Lei nº 8.212/91. No mesmo sentido dos argumentos apresentados, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu, em análise de **ação declaratória, especificamente quanto ao transporte público no município de São Paulo, pela viabilidade do lançamento tributário constitutivo da retenção dos 11%**, conforme voto relatado pelo Desembargador Federal Cotrim Martins, que em seu relatório esclarece:

*Por oportuno, como se extrai do objeto social da autora, bem como do quanto estabelecido pelo parágrafo 3º, do artigo 31, da Lei 8.212/91, mormente em sua porção final, **irrelevante se apresenta a forma de contratação que venha a autora a utilizar**, em nada a afastando, pois, da situação tipificada pelo enfocado parágrafo.*

(TRF 3ª Região. 2003.61.00.003576-4/SP; APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Relator(a) Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES. Órgão julgador 2ª Turma. Fonte DJF3 DATA:17/09/2010)

(destaques nossos)

Quanto aos diversos conceitos doutrinários a respeito do instituto da concessão, ressalte-se o entendimento de que figuras teóricas são boas para a apreensão do conceito tradicional ou para a visualização do normalmente ocorre (ou ocorria, se estivermos nos referindo a conceitos ultrapassados), mas que estas ilustrações nem sempre são representativas da complexa realidade do mundo fenomênico, de sorte a se concluir pela impossibilidade de reduzir todas as concessões de serviço público a um único, preciso definitivo e acabado conceito. Apenas para aclarar esta compreensão, cita-se a variabilidade de

características entre as delegações/concessões de emissoras rádio e TV; de serviços notariais e de registro; de exploração de rodovias e portos, etc. Assim, entendemos dispensável enfrentar a hercúlea missão de definir o que seja concessão de serviço público. Prefere-se adentrar, diretamente, na análise da ocorrência ou não de cessão de mão de obra no caso concreto.

Isso sem falar que é lição elementar de Direito que a natureza jurídica dos atos praticados, dos fatos ocorridos ou das relações jurídicas que se estabelecem decorrem da forma como efetivamente se mostram na realidade, não podendo ser feito o seu enquadramento legal tomando por base o *nomen iuris* atribuído pelas partes ou por terceiros. Aqui podemos citar o princípio da verdade material ou o princípio da primazia da realidade, que vão no sentido da ideia que se propõe.

Por tais razões, reafirma-se que, para a solução da questão relativa à obrigação de retenção e recolhimento da importância correspondente a 11% do valor da nota fiscal ou fatura emitida pela empresa contratada para a operação de transporte de passageiros, é de somenos importância a denominação ou a mera forma em que se deu a contratação.

O que se expôs até agora tem grande importância no caso concreto, pois, a despeito da informação de que a contratação foi efetuada por simples contrato de prestação de serviço, com dispensa de licitação, o decisório de primeira instância baseia-se em extenso e profundo esforço argumentativo no sentido de que a situação concreta equipara-se às contratações efetuadas mediante concessão para a operação dos serviços.

Assim, seja porque entendemos plenamente cabível a cessão de mão-de-obra em concessões, seja porque o *nomen iuris* não tem força suficiente para atribuir natureza jurídica a determinado contrato ou procedimento, seja porque os conceitos doutrinários ofertados precisam ser analisados diante de uma realidade de grande complexidade, passamos a apreciar, diretamente, o enquadramento do caso em apreço na hipótese prevista no artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Cessão de Mão de Obra. Continuidade dos serviços. Inicia-se o enfrentamento dos pressupostos da cessão de mão de obra pela sua característica de mais fácil comprovação no caso dos autos.

Deveras, não parecem existir dúvidas quanto à continuidade dos serviços. Aliás, tratando-se de serviço público, vige o princípio da continuidade (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41), de sorte que não se contesta a permanente necessidade da prestação do serviço de operação das linhas de transporte público urbano de passageiros.

O Relatório Fiscal, às fls. 18, é claro em evidenciar que, quando em operação, “**os contratados têm obrigação de colocar permanentemente à disposição do usuário os serviços especificados pela contratante, nos horários, percursos e demais critérios operacionais** (conforme cláusulas contratuais que tratam “Das Obrigações da Contratada”)” – destaques nossos.

Cessão de Mão de Obra. Execução de serviços nas dependências da contratante ou nas de terceiros. Tampouco oferecem maiores dificuldades o pressuposto de os serviços serem realizados onde determinar o contratante, visto estar claro “o local da prestação foi indicado pela contratante” (Relatório Fiscal, fls. 27).

A própria decisão de origem, nesse aspecto particular, pode ser citada a título de ilustração do raciocínio que aqui se expõe:

(...) ao referir-se a “em suas dependências ou nas de terceiros”, parece que a lei pretendeu acentuar mais o local onde os serviços não podem ser executados — isto é, o estabelecimento da própria prestadora —, sob pena de não se ter por caracterizada a cessão, do que o local da execução onde tal caracterização se mostrará possível, sendo irrelevante, neste último caso, se o local coincide com o do estabelecimento da contratante ou se é qualquer outro por ela indicado.

Ora, no caso que presentemente se examina, é incontestável que o local da prestação dos serviços é indicado pela Prefeitura de São Paulo, seja pela própria natureza daquelas utilidades — de fato, o serviço de transporte coletivo urbano de passageiros não pode ser executado senão nas vias públicas das cidades

(..)

(...) ainda que as vias públicas da cidade de São Paulo não possam ser qualificadas como “estabelecimentos públicos”, no sentido técnico-jurídico que o mencionado lexicógrafo atribui à expressão em destaque, o local da prestação dos serviços:

1º) indiscutivelmente, não é o do estabelecimento da concessionária;

2º) é indicado pelo Poder Público; e

3º) como dissemos há pouco, a expressão “em suas dependências ou nas de terceiros” parece referir-se a qualquer local em que seja possível a direção do serviço ser exercida pela empresa contratante— excluído, portanto, pelas razões também já antes explicitadas, o estabelecimento da empresa contratada.

(Acórdão da DRJ – fls. 940 e 941)

Portanto, superado está o preenchimento de tal pressuposto para a configuração da prestação de serviço mediante cessão de mão de obra.

Cessão de Mão de Obra. Segurados à disposição da contratante. Estabelece o § 3º do artigo 31 da Lei nº 8.212/91 que a mão de obra deve ser colocada “à disposição do contratante”. Aqui, de pronto, é preciso distinguir a recorrente confusão que se faz entre a colocação de trabalhador “à disposição do contratante” e a existência de pressuposto elementar da relação de emprego que é o poder diretivo do tomador de serviço, em especial em sua faceta denominada pela doutrina de poder de controle.

Atente-se para o ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento:

Poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho deve ser exercida.

O poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.

(...)

*O **poder de controle** dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado. **A atividade** deste, sendo subordinada e mediante direção do empregador, não **é exercitada do modo que** o empregado pretende, mas daquele que **é imposto pelo empregador.***

A fiscalização inerente ao poder diretivo estende-se não só ao modo como o trabalho é prestado, mas também ao comportamento do trabalhador.

(...)

(NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 443-446)

Tal conceituação tem assento no artigo 2º da CLT que estabelece ser empregador aquele que “dirige a prestação pessoal do serviço” e naquilo que se denomina de subordinação jurídica do empregado.

Após esta rápida digressão, repele-se, com veemência, as afirmações no sentido de que, na cessão de mão de obra, o poder de comando sobre os empregados deve estar com o contratante, como consta em diversas passagens no decisório de origem e até é mencionado, por vezes, por desavisada jurisprudência. Se o poder de comando ou de controle sobre os empregados estiver com o contratante, trata-se de contrato de emprego ou de intermediação ilícita de mão de obra (artigo 9º da CLT e Súmula 331, I, do TST). *O poder de comando que deve haver na cessão de mão de obra é, exclusivamente, sobre os serviços contratados*, o que é bem diferente de haver poder de comando do tomador de serviços sobre os trabalhadores.

Ora, se o trabalhador deve obediência jurídica apenas e tão somente ao empregador, como se pode afirmar que deveria haver “poder de comando do contratante” ou “poder de comando do órgão público contratante” ou “poder de comando da empresa contratante”?

Por acaso detém o tomador de serviço o *jus variandi*, assim entendida a faculdade de “concedida ao empregador, com fundamento no poder diretivo, de realizar modificações e variações na prestação de serviços, conforme as circunstâncias, exigências ou perigos que surjam na realidade fática”, inclusive “o modo, o tempo e o lugar” da realização dos trabalhos (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**, 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 671/672)?

Pode-se concluir, portanto, que, quando a lei estabelece que a mão de obra deve ser colocada “à disposição do contratante”, quer dizer apenas que a prestadora de serviços, por ceder seus trabalhadores para a tomadora, “com eles não pode contar para a realização de qualquer outra tarefa, exceto aquela estabelecida com seu contratante” (Relatório Fiscal, fls. 26). Nada a mais e nada a menos que isto.

O comando exercido pela tomadora do serviço é relacionado tão somente ao objeto da contratação e havendo algum tipo de discordância, juridicamente, a questão se resolve entre tomador e prestador e não entre tomador e trabalhadores. Esta é a única delimitação possível de compatibilizar a cessão de mão de obra com a relação de emprego que o trabalhador mantém, exclusivamente, com o prestador de serviço.

No caso em comento, os serviços prestados foram de operação de linhas de transporte urbano, os quais eram realizados em conformidade com o contrato de prestação de serviços, com as normas legais e com as regulamentações expedidas pela Secretaria Municipal de Transportes, bem como de acordo com as Ordens de Serviço emitidas pelo Poder Concedente, sendo que nas Ordens de Serviço de Operação estão estabelecidas as características operacionais dos serviços para cada linha, incluindo definição de trajetos / percursos, horários, frota necessária, etc. (Relatório Fiscal, fls. 20).

Consta ainda que “os prestadores devem fazer o dimensionamento das equipes a partir do número de horas de operação efetivamente contratada e da jornada de trabalho vigente, respeitados os Acordos Coletivos das respectivas categorias, inclusive enviando à SPTrans, mensalmente, o quantitativo de empregados, por categoria, utilizados na prestação do serviço” e que “a verificação da regularidade na prestação do serviço terceirizado, nos termos exigidos, é feita pela tomadora através de fiscalização efetiva, tanto por meio de funcionários de setor especializado, como também por meios eletrônicos”, sendo que “o não cumprimento do serviço estabelecido pela OSO implica em descontos no valor a ser remunerado ao prestador”, além de que “a inobservância das condições estipuladas pela contratante sujeita o prestador do serviço às penalidades contratualmente previstas, podendo, conforme o caso, ocorrer, ainda, intervenção no serviço ou rescisão do contrato (Relatório Fiscal, fls. 19).

Destarte, plenamente configurada a cessão de trabalhadores ou, em outras palavras, a disponibilização de trabalhadores em benefício dos objetivos sociais do contratante, contratualmente especificados.

De toda a descrição contida no Relatório Fiscal, vislumbra-se ainda que o Município não delega ou repassa integralmente o serviço de transporte público. Em verdade, a Secretaria Municipal de Transportes – SMT mantém-se como responsável por todas as questões relativas aos transportes na área do Município, tais como estudo, planejamento, integração, supervisão, fiscalização e controle dos transportes coletivos, táxis, veículos de carga e outros (Lei nº 7.698/72 e Decreto nº 15.003 – legislação municipal). Há ainda a empresa estatal SPTrans que, como destacado no Relatório Fiscal, faz “gerenciamento, fiscalização, administração e engenharia de transporte, compreendendo a manutenção do sistema de pagamento” das empresas contratadas para operar linhas (fls. 14/15).

Assim, o Município, em última instância mantém-se como responsável pelo transporte público da cidade, sem embargo de que, diante da complexidade inerente à manutenção e desenvolvimento de um transporte público direcionado a uma população de doze milhões de pessoas, adote diferentes meios para melhor ofertar o transporte público. Não é por outra razão que constitui uma empresa estatal para o gerenciamento e supervisão de parte

importante do sistema e que segregue áreas e contrate empresas para operar as linhas correspondentes a cada área.

Aliás, a história da empresa antecedente à SPTrans e contada no Relatório Fiscal bem demonstra o caminho percorrido pelo transporte público de São Paulo, que não é muito diferente do fenômeno da terceirização, inteiramente relacionado ao instituto da cessão de mão de obra:

Voltando um pouco mais no tempo, temos, no município de São Paulo, em 1947, a criação da Companhia Municipal de Transportes Coletivos – CMTC, como concessionária exclusiva do transporte coletivo. Esta empresa, na medida em que foi estendendo, ao longo dos anos, sua atuação para o planejamento e gestão do sistema de transporte coletivo, foi, em contrapartida, reduzindo sua atividade como operadora efetiva, passando a dividir com empresas privadas a responsabilidade pelo transporte público de passageiros, através de subconcessões ou permissões.

(Relatório Fiscal, fls. 16)

É preciso levar em consideração também que nem sempre é de interesse público delegar ao particular a integralidade de um serviço público, mormente nos dias atuais, como já destacado. A SPTrans exerce papel fundamental e, conjuntamente com o Município, mantém no Poder Público os poderes estratégicos e fundamentais no que tange ao transporte público municipal, repassando à iniciativa privada a mera execução material do transporte de passageiros. Tal situação parece-nos clara, evidente e até intuitiva, bastando pensar no sistema como um todo e em sua alta complexidade (monitoramento do sistema, pontos de ônibus, terminais de ônibus, corredores exclusivos, comercialização de passagens, convênios, gratuidades, descontos, marketing, reclamações do usuário, informações à população, segurança do transporte público, integração com outros meios de transporte, etc.). Não é muito diferente de uma empresa que toma serviços de diversos prestadores para atender a cada uma de suas inúmeras necessidades e, não raramente, contrata serviços mediante cessão de mão de obra.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o Município continua responsável pelo sistema de transporte público e que a operadora apenas presta serviço de transporte público em determinadas linhas, sob todas as condições e formas impostas pelo Poder Público, caracterizando, destarte, a disponibilização de mão de obra a serviço da contratante. Sim, a serviço da contratante, pois a função da contratante não é outra coisa senão prestar serviço público à população, daí o serviço ser prestado diretamente ao usuário, ainda que com intenso controle do serviço (e não do trabalhador) pela SPTrans e pela municipalidade.

Trata-se de situação muito semelhante à contratação de serviços de vigilância e de limpeza em um Shopping Center ou em uma Universidade. Os serviços, fisicamente, são prestados diretamente aos clientes do Shopping Center e aos alunos da Universidade, mas o tomador do serviço é o próprio empreendimento, que exerce o controle sobre a prestação de serviço e não sobre o trabalhador. Tanto é assim que as orientações podem ser dadas, eventualmente, aos trabalhadores, mas exigências, punições e reclamações formais apenas admite-se que sejam direcionadas à empresa empregadora / prestadora dos serviços.

Uma outra nota representativa do que se expõe é que a SPTrans tem a **exclusiva competência para emitir passagens**, assim entendidas quaisquer tipos de bilhete: comum, passe de ônibus ou escolar, bem como os créditos eletrônicos. O usuário, para utilizar o transporte, normalmente, apresenta nos ônibus as passagens adquiridas antecipadamente nos postos de venda autorizados pela SPTrans. As passagens, pagas em dinheiro pelos usuários na catraca do ônibus, constituem uma antecipação da remuneração da contratada. Com o total da arrecadação da tarifa (fonte primária de recursos), mais os subsídios autorizados (quando previstos), **a SPTrans efetua os pagamentos às empresas prestadoras**, de acordo com a participação das mesmas no custo total do sistema, **apurada por meio de uma planilha técnica de custos operacionais, elaborada de acordo com as fórmulas constantes das cláusulas contratuais que tratam “Da Remuneração pelos Serviços” e seus aditivos** (Relatório Fiscal, fls. 16, 17 e 19).

Todos esses aspectos relativos à manutenção de boa parte dos serviços nas mãos do Poder Público são relevantes por uma única razão: tornam ainda mais evidente que a mão de obra foi disponibilizada à contratante, que é, em última instância, quem desenvolve a atividade de transporte público urbano de passageiros no Município de São Paulo, tomando serviços de terceiros mediante cessão de mão de obra apenas para melhor executar este seu mister. Note-se que aqui se pode afirmar que há poder de comando, mas sobre a prestação de serviços e não sobre os trabalhadores.

Como afirmado, se o contrato fosse além do quanto previsto ou a prática demonstrasse que há subordinação jurídica, poder de comando, poder diretivo, poder de controle ou poder disciplinar entre tomadora do serviço e empregados da prestadora, trataria-se de intermediação ilícita de mão de obra (artigo 9º da CLT e Súmula 331, I, do TST).

Para quem ainda não se convence de que o denominado poder de comando sobre o trabalhador é elemento exclusivo da relação de emprego, cita-se esclarecedores arestos trabalhistas:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO USO DOS BANHEIROS. 1. A Corte Regional, escorada no depoimento da testemunha da reclamante, consignou que -os intervalos eram em horários fixos e outras pausas para ir ao banheiro precisavam de autorização do superior; que o superior perguntava o que tinham para fazer e se iria demorar; que nem sempre o superior autorizava a ida ao banheiro; que presenciou pelo menos uma vez o superior da autora perguntando a esta sobre o motivo e o tempo de pausa para o banheiro-. Registrou, ainda, que -o controle de idas ao banheiro também se insere dentro do poder potestativo da empresa- e que -tal conduta se justifica pela própria atividade desenvolvida pela autora, qual seja, teleatendimento-. 2. A limitação para o uso do banheiro revela extrapolação do poder de comando do empregador, causando constrangimento e humilhação ao trabalhador. O exercício pelo empregador, de forma abusiva, do seu poder diretivo - art. 2º da CLT -, com a utilização de práticas degradantes imprimidas à coletividade de trabalhadores, caracteriza a violação dos direitos de personalidade e à própria dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrada (art. 1º, III), ensejando a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Recurso de revista conhecido e provido, no tema.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/04/2014 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 01/

04/2014 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 01/04/2014 por LIEGE LACROIX THOMA

SI

Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. O Tribunal Regional consignou que -a reclamante passou a exercer a atividade de operador de telemarketing em 2008 e o paradigma a partir de 1999- e que - constatada diferença superior a dois anos na função-. Registrou, ainda, que -a testemunha indicada pela ré diz que as atividades dos operadores de telemarketing são idênticas em todos os setores, mudando apenas o perfil dos clientes atendidos (...), afirmação que é consentânea com o depoimento do próprio paradigma, como testemunha em outro processo (RTOrd 8951-2011-651), esclarecendo que não havia diferença entre as atividades do consultor de relacionamento, função que exerceu a partir de outubro/2008, e aquelas desempenhadas anteriormente, a partir de 1999, como assistente administrativo-. Assim, a adoção de entendimento diverso, a partir das razões trazidas na revista, no sentido de que -o tempo de função do paradigma Marcelo Cruz, não pode, em absoluto, ser estendido à função por ele desempenhada na CÉLULA PREMIUM, a partir de 2008- não prescinde do revolvimento de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Inviolado o artigo 461 da CLT.

Recurso de revista não conhecido, no tema.

Processo: RR - 1145-41.2010.5.09.0010 **Data de Julgamento:** 17/12/2013, **Relator Ministro:** Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 07/02/2014.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. MINUTOS RESIDUAIS. PERÍODO ANTERIOR AO INÍCIO DA JORNADA DE TRABALHO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. 1. Nos termos do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, constitui tempo de efetivo serviço -o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada-. Consoante o entendimento sedimentado na Súmula n.º 366 desta Corte uniformizadora, de outro lado, somente as variações excedentes de cinco minutos - observado o limite máximo de dez minutos diários - serão computadas como de efetivo sobrelabor. 2. A Súmula n.º 366 do TST, resultante da absorção do entendimento anteriormente consagrado nas Orientações Jurisprudenciais de n.º 23 e 326 da SBDI-I, é firme no sentido de reconhecer como tempo à disposição do empregador aquele despendido pelo empregado no registro de controles de horário, como também na troca de uniforme, no lanche e na higiene pessoal ou em qualquer outra atividade, ainda que diversa da execução de suas tarefas. **Está à disposição do empregador o obreiro que se encontra no local de trabalho, a postos para atender o chamado do seu empregador e sob seu poder de comando e disciplinar.** 3. Se a interpretação conferida ao artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho possibilita a construção jurisprudencial de que se encontra à disposição do empregador o obreiro no período em que procede ao registro de

horários, com maior facilidade é possível concluir que está igualmente à disposição o empregado que, após o registro de horário, encontra-se no ambiente interno da empresa, sob o poder de comando e disciplinar da empresa, ainda que não esteja, naquele momento, executando qualquer tarefa. Com efeito, uma vez registrado o cartão-de-ponto, obriga-se o empregado a permanecer no ambiente interno da empresa, sujeitando-se às regras procedimentais do empregador e aos limites impostos à sua liberdade de ir e vir. Precedentes. 4. Recurso de embargos conhecido e provido.

Processo: E-ED-RR - 129100-10.2007.5.15.0102 Data de Julgamento: 07/03/2013, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. ISONOMIA SALARIAL.

1. Trata-se de postulação de diferenças salariais sob a alegação de que os valores pagos a título de gratificação de função de - Analista Pleno- eram iguais ao da gratificação percebida pelo - Gerente de Filial V- até a alteração promovida pela Caixa Econômica Federal, em julho de 2002, pela qual se modificou a nomenclatura do segundo cargo para -Gerente de Filial III- e se aumentou o valor que lhe era atribuído.

2. A argumentação expendida pela reclamante não demonstra que a decisão recorrida incorreu em contrariedade à Súmula 51, I, do TST, ou em violação dos arts. 5º, XXXVI, e 7º, VI, da Constituição da República e 468 da CLT, tendo em vista a constatação da ausência de alteração contratual lesiva à reclamante, dado que a elevação da gratificação auferida pelo gerente de filial resultou do poder de comando da empregadora. Com efeito, a discussão centra-se na verificação da observância ou não do princípio da isonomia, que sequer se contém no Verbete sumular, no dispositivo de lei e nas normas constitucionais apontados.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Processo: AIRR - 43040-62.2006.5.01.0036 Data de Julgamento: 25/04/2012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012.

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. EMPRESA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS. I. O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamada e manteve a sentença, em que foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais no "importe de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), com incidência de juros e correção monetária". Consignou que a Reclamada expôs o Autor à situação vexatória e humilhante. Entendeu que a conduta praticada é "flagrantemente atentatória à dignidade do empregado que é obrigado a se despir perante outros

funcionários para provar que 'não cometeu' qualquer ilicitude na empresa". *Registrou que a Reclamada descumpriu o termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho, em que se comprometeu a "abster-se 'de realizar revistas íntimas em seus empregados'". Considerou que "ser obrigado a desnudar-se, quando se está na condição de subordinação jurídica (hipossuficiência) é um absurdo inominável" e "verdadeiro abuso de poder por parte do empregador, sendo ainda mais grave tal fato quando se trata de empresa que já havia firmado compromisso com o Ministério Público do Trabalho". Concluiu que cabe à Reclamada "adequar-se ao termo de ajuste de conduta, investindo em outros meios de segurança e controle que não afetem o empregado ou não o exponham a tais situações" e que "é flagrante o dano moral, estando presentes não só a tipificação do ato ilícito como a comprovação indubitosa do prejuízo moral causado pelo empregador, justificando-se a fixação de indenização capaz de minorar ou compensar a lesão provocada".* **II.** *Pelo que se extrai das informações contidas nos autos, a empresa Recorrente atua no ramo de distribuição de medicamentos e de produtos farmacêuticos, conforme se infere até mesmo de seu nome (Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda.). É fato público e notório que a venda de remédios passa por rigoroso controle dos órgãos fiscalizadores da vigilância sanitária e do Ministério da Saúde, haja vista as consequências nocivas que o uso indevido de tais medicações pode causar às pessoas. Portanto, a Recorrente deve cercar-se de todos os cuidados para impedir desvio dos produtos comercializados, pois tal controle não visa apenas a resguardar o patrimônio do empregador, mas, acima de tudo, busca defender matéria de interesse da coletividade, diante da natureza da atividade exercida pela Recorrente.* **III.** *Observa-se, no caso, um aparente conflito de direitos fundamentais. De um lado, o direito dos empregados em ter garantida sua privacidade e intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição da República. De outro lado, a necessidade de preservação da segurança da coletividade, consagrada no caput do art. 5º da CF/88.* **IV.** *No caso em análise, deve-se ressaltar que a atuação da empresa Recorrente, consistente em proceder à revista íntima de todos os seus empregados, assenta-se no fato de que o material produzido tem características químicas cuja utilização, sem o devido acompanhamento médico, pode acarretar diversos danos à saúde e à coletividade. Portanto, existe interesse coletivo que mitiga o direito de intimidade dos empregados.* **V.** **Os doutrinadores preveem no poder de comando da atividade empresarial a possibilidade do uso de revistas pessoais nos empregados, desde que tal procedimento não exceda os limites de razoabilidade.** **VI.** *Não consta do acórdão qualquer indício de que as revistas eram efetuadas de forma vexatória. É verdade que, de acordo com a decisão recorrida, os empregados despiam os uniformes e ficavam -só de cueca, passando pela vistoria sem baixar a cueca- (fl. 292) e que tal situação gera certo desconforto para os trabalhadores. Entretanto, o Tribunal Regional não apontou nenhum elemento capaz de demonstrar que as revistas reduziam a honra do Autor,*

ou até mesmo que os prepostos da empresa Recorrente agiam de forma jocosa durante o procedimento de revista, capaz de extrapolar os limites do poder de direção. Portanto, não se verifica ato suficientemente capaz de ensejar a ocorrência de dano à imagem e à moral do empregado e, por conseguinte, de autorizar a condenação ao pagamento de indenização. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento, para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). **VII.** Ante o provimento do recurso de revista, declaro **prejudicada** a análise do pleito da Recorrente, consistente em diminuir o valor da condenação.

Processo: RR - 162400-53.2005.5.06.0014 **Data de Julgamento:** 14/12/2011, **Relator Ministro:** Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 10/02/2012.

(destaques nossos)

O próprio STJ também se manifestou sobre a questão trabalhista que se destaca:

RECURSO ESPECIAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. AS HORAS EXTRAS HABITUAIS NÃO INCORPORAM AO SALÁRIO, MAS O EMPREGADO FAZ JUS À PERCEPÇÃO DE INDENIZAÇÃO, NOS TERMOS DO ENUNCIADO 291/TST. PRECEDENTES. A AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 468 DA CLT IMPEDE SUA ANÁLISE.

SUMULAS 282 E 356/STF. CONTUDO, INSERE-SE NO PODER DE COMANDO DO EMPREGADOR A ATITUDE DE SUPRIMIR AS HORAS SUPLEMENTARES EXERCIDAS POR SEUS TRABALHADORES. 'INTEGRAÇÃO' DO ADICIONAL NOTURNO E CONDENÇÃO AO HONORÁRIOS SINDICAIS QUE FORAM DECIDIDOS COM BASE NAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. PRESCRIÇÃO, MATÉRIA NÃO CONHECIDA EM FACE DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO.

1. "Ainda que habituais, as horas extraordinárias não se incorporam o salário do obreiro, que faz jus, tão-somente, a indenização em caso de suspensão das mesmas" Enunciado nº 291 do Tribunal Superior do Trabalho.

2. As chamadas "horas extras", por si só, revelam o caráter excepcional do trabalho executado, ou seja, a jornada laboral somente será prorrogada quando e se conveniente para o empregador, na consecução das tarefas propostas. Insere-se aí o seu poder de comando, tornando possível que sejam suprimidas, pois, "não se está diante de qualquer alteração nas condições básicas do contrato de trabalho, quicá alteração prejudicial"(Resp nº 228.187/PR).

3. Tendo o eg. Tribunal Regional decidido as matérias relativas ao adicional noturno e aos honorários da assistência judiciária

sindical com base nas provas dos autos, inviável o exame de tais questões, a teor da Súmula 07/STJ.

4. Conforme decidido pela Corte Especial no AgRg no Eresp nº 327.679/SP, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 09/06/2003, a divergência jurisprudencial deverá ser comprovada nos termos do artigo 255, § 2º, do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples indicação de súmulas. Prescrição que não pode ser analisada.

5. Em nenhuma das matérias apontadas, o dissídio interpretativo restou demonstrado, seja porque a recorrente não observou o disposto nos arts. 541, do CPC e 255, §§ 1º e 2, RISTJ, seja porque, de todo modo, não há similitude nas bases fáticas entre os julgados confrontados.

Recurso não conhecido.

(REsp 194.007/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 01/12/2008)

(destaques nossos)

Deveras, conforme já decidido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em análise de ação declaratória que concluiu pela viabilidade do lançamento tributário constitutivo da retenção dos 11%, especificamente quanto ao transporte público no município de São Paulo, conclui-se que:

(...) não prospera a alegação segundo a qual não existe cessão de mão-de-obra, fls. 13/28, pois, segundo o dispositivo supra citado, não há necessidade de que os segurados sejam colocados à disposição do contratante, em suas dependências, caindo por terra, portanto, a afirmação segundo a qual necessário que os funcionários estejam sujeitos aos mandos da contratante, a fim de se configurar cessão de mão-de-obra.

Assim, abrangente a disposição do citado § 3º, do art. 31, Lei 8.212/91, a envolver serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da contratante, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

Ademais, a atividade da empresa adequa-se ao inciso XIX do § 2º, do art. 219, do Decreto 3.048/99, a enquadrar como sujeito à sistemática da retenção de 11%, ora debatida, o serviço de "operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão", atividade esta realizada pela ora apelante".

(TRF 3ª Região. 2003.61.00.003576-4/SP; APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Relator(a) Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES. Órgão julgador 2ª Turma. Fonte DJF3 DATA:17/09/2010)

Destarte, estando comprovada nos autos que a mão de obra foi colocada “à disposição do contratante” e restando claro que tal situação não se confunde com a relação de emprego, concluímos pelo acerto do lançamento fiscal quando ao enquadramento jurídico da prestação de serviços.

Entendimentos Jurisprudenciais. Após a explicitação das razões pelas quais entende-se que há cessão de mão de obra na discussão de que tratam os autos, cumpre reproduzir decisões jurisprudenciais que se aproximam da compreensão aqui exposta e que deixam patente a legalidade das disposição regulamentar contida no artigo 219, § 2º, XIX, do RPS/99 – aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EMPRESA DE TRANSPORTE DE CARGAS - ART. 31 DA LEI 8.212/91, ALTERADO PELA LEI 9.711/98 - RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DAS NOTAS FISCAIS E FATURAS - IMPOSSIBILIDADE.

1. Se, em relação à determinada tese, não emitiu o Tribunal de origem qualquer juízo de valor, não se conhece do recurso nesse ponto por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF.

2. A nova redação do art. 31 da Lei 8.212/91, pela Lei 9.711/98, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

3. Modificação da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, cujo contribuinte é a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

4. A lista de serviços estabelecida no § 4º do art. 31 da Lei 8.212/91 não é definitiva, admitindo-se a inserção, na situação prevista no parágrafo antecedente, de outras atividades além das expressamente indicadas, desde que tal medida seja feita por meio de regulamento.

5. O Decreto 3.048/99, na redação original de seu art. 219, § 2º, XIX, impôs a retenção antecipada de 11% também sobre as operações de transporte de cargas e passageiros. Dessa forma, ficaram as empresas de transporte submetidas à incidência da retenção da Lei 9.711/98.

6. Com a advento do Decreto 4.729, de 09 de junho de 2003, a retenção sobre os valores brutos das notas fiscais ou faturas emitidas por empresas prestadoras de serviços de transporte de pessoas continuou devida, ficando desautorizada, todavia, a imposição da mesma sistemática às empresas prestadoras de serviços de transporte de cargas.

7. Precedentes desta Corte.

8. Recurso especial provido.

Documento assinado digitalmente por ANDRÉ LUIS MARSICO LOMBARDI em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/04/2014 por ANDRÉ LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 01/

04/2014 por ANDRÉ LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 01/04/2014 por LIEGE LACROIX THOMA

SI

Impresso em 02/04/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(REsp 627.892/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 16/05/2006, p. 202) O VALOR BRUTO DAS NOTAS FISCAIS E FATURAS – IMPOSSIBILIDADE)

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - EMPRESA DE TRANSPORTE.

1. A nova redação do art. 31 da Lei 8.212/91, pela Lei 9.711/98, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

2. Modificação da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, cujo contribuinte é a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

3. Modificação que consiste na retenção de parte do pagamento pela empresa tomadora de serviço, não escapando da incidência as empresas de transportes de passageiros e de carga (art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98 e Decreto 3.048/99 - art. 219, § 2º, XIX).

4. Recurso especial provido.

(REsp 423.145/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 204)

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - EMPRESAS DE TRANSPORTE.

1. Acórdão que detalhou as atividades de cada autora, conforme proposto pelo INSS em apelação, o que afasta a questão de decisão ultra petita e a alegação de nulidade do acórdão.

2. A nova redação do art. 31 da Lei 8.212/91, pela Lei 9.711/98, não alterou a fonte de custeio, nem elegeu novo contribuinte.

3. Modificação da sistemática de recolhimento, continuando a contribuição previdenciária a ser calculada pela folha de salário, cujo contribuinte é a empresa prestadora do serviço de mão-de-obra.

4. Modificação que consiste na retenção de parte do pagamento pela empresa tomadora de serviço, não escapando da incidência as empresas de transportes de passageiros e de carga (art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98 e Decreto 3.048/99 - art. 219, § 2º, XIX).

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 419.748/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2002, DJ 16/09/2002, p. 177)

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE CARGAS - RETENÇÃO ANTECIPADA PELO TOMADOR DO SERVIÇO DE 11% DA RECEITA BRUTA A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 1º DA LEI N. 1.533/51 E 267, IV DO CPC.

Inexiste, no caso dos autos, qualquer ofensa ao disposto no artigo 128 do CPC, visto que o v. acórdão recorrido decidiu a questão nos limites do pedido formulado, ao entender indevida a contribuição previdenciária pelo regime da retenção antecipada (art. 31 da Lei n.

8.212/91).

Não merece ser conhecido o recurso especial no tocante à alegada ofensa ao artigo 1º da Lei n. 1.533/51 e 267, IV do CPC, pois a questão da legitimidade da impetrante, que entende o INSS não ser parte na relação jurídico-tributária, não foi objeto de exame pela egrégia Corte de origem, a implicar na ausência de prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF).

Entendeu o Tribunal de origem, com acerto, que, embora regular a forma de recolhimento antecipado introduzida pela Lei n. 9.711/98, que alterou a dicção do artigo 31 da Lei n. 8.212/91, no particular, seria indevida a retenção sobre as notas fiscais e faturas por se tratar de empresa prestadora de serviço de transporte rodoviário de carnes congeladas, produtos frigoríficos, gêneros alimentícios e cargas em geral, porque não enquadrada no conceito de cessão de mão-de-obra previsto no caput do mencionado artigo.

O artigo 31 da Lei n. 8.212/91, na redação dada pela Lei n.

9.718/98, cujo intuito foi modificar a sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária, atribuindo à empresa contratante dos serviços de mão-de-obra a responsabilidade pela retenção da contribuição em nome da empresa cedente, prevê, em seu § 4º, que outros serviços, além dos previstos nesta lei, poderiam ser objeto da retenção antecipada da contribuição previdenciária.

A nova redação dada ao inciso XVIII do § 2º do artigo 219 Decreto n.

3.048/99, pelo Decreto n. 4.729, de 09 de junho de 2003, suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-

de-obra as operações de "transporte de cargas", permanecendo, apenas, as operações de "transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão".

Em face dos princípios da legalidade e tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, a Administração somente pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica, o que não se verifica no caso vertente.

Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

(REsp 504.994/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 10/05/2004, p. 225)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PREVISTA NO ART. 31 DA LEI 8.212/91. RETENÇÃO DE 11% DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

3. A nova redação dada ao inciso XVIII do § 2º do artigo 219 do Decreto n. 3.048/99, pelo Decreto n. 4.729, de 09 de junho de 2003, suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra as operações de 'transporte de cargas', permanecendo, apenas, as operações de 'transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão. Precedente do STJ.

4. Agravo inominado não provimento.

(TRF 3ª Região. AMS 2004.61.0500635-30; AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 279387 Relator(a) JUÍZA ELIANA MARCELO. Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 DATA:05/11/2008)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL ADIANTADA PELO TOMADOR DE SERVIÇO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA (ART. 31, LEI 8.212/91, ALTERADO PELA LEI 9.711/98) : LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO DOS 11% - APELO INOVADOR - VEDAÇÃO - NÃO-CONHECIMENTO - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS MANTIDA - IMPROVIDOS O APELO MUNICIPALISTA E A REMESSA OFICIAL

(...)

3- Na lide em tela envolvida cobrança decorrente da contratação de serviços de transporte de carga e de passageiros, bem como de serviços de ajardinamento, centra-se a "quaestio", ao que se extrai dos autos, na insurgência da embargante em face da inovação introduzida no artigo 31, Lei 8.212/91, através da Lei nº 9.711/98, a qual passou a exigir da fonte pagadora (contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, esta elucidada, em tons dilargados, abrangentes, pelo § 3º, da citada disposição) a retenção de onze por cento do montante da nota fiscal ou fatura, endereçado à empresa contratada, recolhendo tal valor em nome desta última.

4- Como se extrai do quanto estabelecido pelo parágrafo 3º, do artigo 31, da Lei 8.212/91, mormente em sua porção final, firme-se irrelevante se apresenta a forma de contratação que venha a embargante a utilizar, em nada a afastando, pois, da situação tipificada pelo enfocado parágrafo.

5- Procedeu o legislador, como autorizado pela estrita legalidade tributária, à disciplina acerca dos papéis dos sujeitos passivos da obrigação tributária (artigos 97, inciso III, e 121, "caput", CTN), entregando ao responsável tributário o mister de reter parcela do valor que será recebido pelo contribuinte, recolhendo-a em nome deste.

(...)

8- No sentido da legitimidade da cobrança em debate, a v. jurisprudência. Precedentes.

9- Também não prospera a alegação segundo a qual não se enquadraria a contratação de serviços de transporte de passageiros no conceito de cessão de mão-de-obra, vez que, consoante a v. jurisprudência, adiante em destaque, a nova redação dada ao inciso XVIII, do § 2º, do artigo 219, do Decreto n. 3.048/99, pelo Decreto n. 4.729/2003, suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra apenas as operações de "transporte de cargas" (ademais, isto apenas quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 2003, aqui envolvidos fatos do período de 02/1999 a 12/2000), permanecendo as operações de "transporte de passageiros". Precedentes.

(...)

(TRF 3ª Região. 2005.03.99.013965-3/SP; APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Relator(a) JUIZ SILVA NETO.

Órgão julgador Turma do Projeto Mutirão Judiciário em Dia da Primeira Seção Fonte DJF3 DATA:03/02/2012)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

INOCORRÊNCIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE CARGAS. INAPLICABILIDADE.

1. O julgador não está obrigado a enfrentar todas as teses jurídicas deduzidas pelas partes, sendo suficiente que preste fundamentadamente a tutela jurisdicional. In casu, não obstante em sentido contrário ao pretendido pelo recorrente, constata-se que a lide foi regularmente apreciada pela Corte de origem, o que afasta a alegada negativa de prestação jurisdicional.

2. A Lei nº 9.711 de 20/11/1998, que alterou o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

3. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

4. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

5. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

6. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação embora mais complexa para o contribuinte, porém,

7. Entretanto, no caso em apreço, cuida-se prestação de serviços por empresas transportadoras de cargas, não se aplicando as determinações da Lei nº 9.711, de 20/11/1998, que alterou o art. 31, da Lei nº 8.212/1991, visto que: "A nova redação dada ao inciso XVIII do § 2º do artigo 219 do Decreto n. 3.048/99, pelo Decreto n.4.729, de 09 de junho de 2003, suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra as operações de 'transporte de cargas', permanecendo, apenas, as operações de 'transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão'". (REsp nº 504994/RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 10/05/2004). No mesmo sentido: REsp 620574/PR, Relª Minª. Denise Arruda, DJ de 08/11/2004, REsp 641086/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 06/12/2004).

(Resp 735.005/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 292)

Inexiste, no caso dos autos, qualquer ofensa ao disposto no artigo 128 do CPC, visto que o v. acórdão recorrido decidiu a questão nos limites do pedido formulado, ao entender indevida a contribuição previdenciária pelo regime da retenção antecipada (art. 31 da Lei n.

Não merece ser conhecido o recurso especial no tocante à alegada ofensa ao artigo 1º da Lei n. 1.533/51 e 267, IV do CPC, pois a questão da legitimidade da impetrante, que entende o INSS não ser parte na relação jurídico-tributária, não foi objeto de exame pela egrégia Corte de origem, a implicar na ausência de prequestionamento (Súmulas ns. 282 e 356 do STF).

Entendeu o Tribunal de origem, com acerto, que, embora regular a forma de recolhimento antecipado introduzida pela Lei n. 9.711/98, que alterou a dicção do artigo 31 da Lei n. 8.212/91, no particular, seria indevida a retenção sobre as notas fiscais e faturas por se tratar de empresa prestadora de serviço de

transporte rodoviário de carnes congeladas, produtos frigoríficos, gêneros alimentícios e cargas em geral, porque não enquadrada no conceito de cessão de mão-de-obra previsto no caput do mencionado artigo.

O artigo 31 da Lei n. 8.212/91, na redação dada pela Lei n.

9.718/98, cujo intuito foi modificar a sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária, atribuindo à empresa contratante dos serviços de mão-de-obra a responsabilidade pela retenção da contribuição em nome da empresa cedente, prevê, em seu § 4º, que outros serviços, além dos previstos nesta lei, poderiam ser objeto da retenção antecipada da contribuição previdenciária.

A nova redação dada ao inciso XVIII do § 2º do artigo 219 Decreto n.

3.048/99, pelo Decreto n. 4.729, de 09 de junho de 2003, suprimiu da lista de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra as operações de "transporte de cargas", permanecendo, apenas, as operações de "transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão".

Em face dos princípios da legalidade e tipicidade fechada, inerentes ao ramo do direito tributário, a Administração somente pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica, o que não se verifica no caso vertente.

Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

(REsp 504.994/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 10/05/2004, p. 225)

Note-se que a maior parte das decisões foram proferidas pelo órgão do Poder Judiciário competente para analisar, em última instância, a legalidade de atos regulamentares, que é o Superior Tribunal de Justiça (artigo 102, III, b, da CF), de sorte que não restam dúvidas quanto à legalidade da disposição regulamentar contida no artigo 219, § 2º, XIX, do RPS/99 – aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 e tampouco quanto ao enquadramento do caso concreto da norma que dele se extrai.

Solidariedade Passiva. Prestadora de Serviços. A autoridade fiscal lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária – TSPS contra a empresa Himalaia Transportes Ltda., face ao seu entendimento de que esta seria solidariamente responsável com o Município de São Paulo pelo pagamento dos valores lançados, a teor do disposto no art. 124, I e II, e art. 128 do Código Tributário Nacional, bem como no art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Entendemos, todavia, que não há vínculo de solidariedade entre a Concessionária e a Administração Pública pelos valores devidos à título de retenção.

Como cedição, a solidariedade decorre da lei ou do contrato. Esta é a dicção do Código Civil, artigo 265. Outrossim, nos termos do Código Tributário Nacional, são solidariamente responsáveis pelo recolhimento do tributo aqueles expressamente designados pela lei (artigo 124, inciso II).

Diferentemente do que pretendeu a autoridade fiscal, 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, § 5º, da Lei nº 8.212/91).

Ademais, não se observou no instrumento de contrato de concessão anexado, qualquer menção à solidariedade entre a empresa de ônibus e o Poder Concedente, portanto, inexistente responsabilidade tributária decorrente do acordo de vontades.

É verdade que o artigo 31 da Lei de Custeio da Previdência, Lei nº 8.212/91, em sua redação original, previa vínculo de solidariedade entre o tomador de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra e prestador destes serviços.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 9.711, de 1998, foi instituído para o contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra o dever de reter e de recolher contribuição correspondente a 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura da prestação de serviços.

Tal alteração legislativa demonstra a clara opção do legislador pela técnica de arrecadação representada pela antecipação da contribuição previdenciária devida pelo prestador em detrimento da garantia do crédito tributário representada pelo vínculo entre contribuinte e responsável solidário.

Assim, torna-se forçoso reconhecer a falta de amparo legal, na imputação da responsabilidade tributária por solidariedade.

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do recurso de ofício para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, restabelecendo a integralidade do lançamento apenas quanto ao devedor MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES.

(assinado digitalmente)
ANDRÉ LUÍS MÁRSICO LOMBARDI – Relator

Processo nº 19311.720479/2011-80
Acórdão n.º **2302-003.083**

S2-C3T2
Fl. 1014

CÓPIA