



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

Processo nº 19515.721569/2011-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.040 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente VIAÇÃO BOLA BRANCA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2006 a 31/12/2008

**CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS A CARGO DA EMPRESA.
ATIVIDADE SUJEITA À RETENÇÃO E RECOLHIMENTO POR
EMPRESA TOMADORA. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE
PROVAS DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO.**

Se a empresa prestadora de serviço sujeito à retenção e recolhimento da contribuição previdenciária não faz provas de que sofreu o destaque e a referida retenção dos 11% na nota fiscal e/ou fatura por parte da tomadora dos serviços, incabível a atribuição do crédito à prestadora e assim não deve ser reconhecido o seu direito à compensação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade em conhecer do recurso e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Presidente à época da formalização

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Maria Cleci Coti Martins (Presidente Substituta), Carlos Alexandre Tortato, Miriam Denise Xavier Lazarini, Arlindo da Costa e Silva, Carlos Henrique de Oliveira, Luciana Matos Pereira Barbosa e Rayd Santana Ferreira.

Relatório

Os presentes Autos de Infração de Obrigação Principal - AI e Acessória, lavrados sob os n. 37.293.351-3, 37.293.352-1, 37.293.353-0 e 37.293.350-5 em desfavor da recorrente têm por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados, da empresa e das destinadas a terceiros, bem como AI de obrigação acessória pela ausência de informações em GFIP, conforme abaixo descrito.

Conforme consta no relatório fiscal (fls. 262/268), o presente processo administrativo é constituído por quatro Autos de Infração (AI), lavrados pela Fiscalização contra a empresa em epígrafe, relativos a contribuições sociais e aos Terceiros, nas competências 04/2006 a 12/2008 (inclusive décimo terceiro), a saber:

- **DEBCAD nº 37.293.3513** AIOP onde foram apurados valores referentes as contribuições devidas à Seguridade Social: parte da empresa e para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), previstas no art. 22, incisos I e II, da Lei 8.212/91, incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados. O crédito corresponde ao montante, incluindo juros e multa, de R\$ 26.968.958,65 (vinte e seis milhões, novecentos e sessenta e oito mil, novecentos e cinquenta e oito reais e sessenta e cinco centavos), consolidado em 17/10/2011
- **DEBCAD nº 37.293.352-1** AIOP onde foram apurados valores referentes a contribuição dos segurados empregados, não descontada pela empresa, incidente sobre a remuneração paga aos empregados. O crédito corresponde ao montante, incluindo juros e multa, de R\$ 1.329.130,27 (um milhão, trezentos e vinte e nove mil, cento e trinta reais e vinte e sete centavos), consolidado em 17/10/2011.
- **DEBCAD nº 37.293.353-0** AIOP onde foram apurados valores referentes às contribuições destinadas às Outras Entidades e Fundos - Terceiros (Salário Educação, INCRA, SEST/SENAT e SEBRAE), incidentes sobre a remuneração paga aos empregados. O crédito corresponde ao montante, incluindo juros e multa, de R\$ 3.923.844,97 (três milhões, novecentos e vinte e três mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e noventa e sete centavos) consolidado em 17/10/2011.
- **DEBCAD nº 37.293.350-5** (AIOA CFL68), por apresentação da GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias. Às fls. 25 e 260/261 constam a descrição da infração e o discriminativo de cálculo da multa. O crédito corresponde ao montante de R\$ 320.130,30 (trezentos e vinte mil, cento e trinta reais e trinta centavos)

Para os lançamentos dos créditos tributários foram utilizados os seguintes códigos de levantamento:

- Levantamento FP (Folha de Pagamento): Este levantamento refere-se aos valores pagos a título de remuneração aos seus segurados empregados (04 e 05/2006), conforme folha de pagamento apresentada (meio digital) que não foram declarados em GFIP em época própria;

- Levantamento DF (Diferença FPxGFIP): No período de 06/2006 a 09/2006, foram encontradas divergências, no que tange à remuneração informada, entre os valores que constam em folha de pagamento e aqueles declarados em GFIP, ou seja, foram declarados valores a menor em GFIP;

- Levantamento GL (Glosa Compensação): No período de 10/2006 a 13/2008, a empresa informou suas GFIPs em conformidade com as folhas de pagamento apresentadas, entretanto, declarou em GFIP, a título de compensação, valores que não puderam ser validados em virtude da falta de documentação comprobatória, conforme termos de intimação e reintimação;

- Levantamento W11 (Salário Educação): No período de 10/2006 a 10/2007, a empresa declarou em suas GFIPs código de terceiros 3138, quando o correto seria 3139. Este erro fez com que não fossem declarados os valores relativos ao salário educação; e

- Levantamento W21 e W3 (Terceiros não declarados): No período de 11/2007 a 13/2008 a empresa declarou código de terceiros 0000, quando o correto seria 3139. Este erro fez com que não fossem declarados os valores relativos aos Terceiros.

O Relatório Fiscal informa ainda que:

A empresa foi intimada mediante Termo de Início de Ação Fiscal a apresentar os livros diário e razão (2006 a 2009) e livros auxiliares (se houvessem), o contrato social e alterações de todo o período; a DCTF e DACON 2006; os balancetes mensais, balanço patrimonial, DRE (em papel); as folhas de pagamento e resumo, a tabela de incidência; o comprovante de inscrição no PAT; e memória de cálculo das compensações efetuadas em GFIP.

Dos documentos acima solicitados, a empresa deixou de apresentar a memória de cálculo das compensações efetuadas em GFIP. Em 31/05/2010, a empresa foi intimada a apresentar, no padrão estabelecido pela Receita Federal seus arquivos contábeis e suas folhas de pagamento em meio digital, entregando à Fiscalização os arquivos digitais.

Posteriormente, em 12/02/2010, a Autuada foi novamente intimada para apresentar os seguintes documentos: a) Notas fiscais com o efetivo destaque da retenção de 11%, que legitimariam a compensação em GFIP, conforme foi declarado nos anos de 2006 a 2009; b) processos judiciais relativos à compensação (se houvessem), ou qualquer documento que legitimasse as compensações efetuadas em GFIP, sob pena de haver a glosa dos valores; c) memória de cálculo dos valores compensados. Entretanto, a empresa não apresentou documento algum, apenas informou que os valores declarados a título de compensação referem-se a valores retidos pela empresa SPTRANS, não constando destaque destes valores nas referidas notas fiscais, bem como inexistente recolhimento relativo à retenção previdenciária ou qualquer planilha que demonstrasse a origem de tais valores.

Esclarece, ainda, a Fiscalização que tendo em vista as alterações promovidas pela Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941, de 27/05/2009, fez-se a comparação entre as multas aplicadas de acordo com a legislação vigente na época da

ocorrência dos fatos geradores e de acordo com a legislação atual, conforme planilha comparativa de fls. 77/79.

Foi emitida pela Fiscalização a Representação Fiscal para Fins Penais (PAF 19515.721592/2001-96), pois os fatos acima relatados, configuram, em tese, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A, inciso I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.983, de 14/07/2000.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou sua impugnação (fls. 276 a 322), que foi julgada parcialmente procedente pela DRJ/SP1, conforme Acórdão nº. 16-37-319 (fls. 485-513), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2006 a 31/12/2008

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº. 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula Vinculante nº. 8, publicada no Diário Oficial da União em 20/06/2008, o lapso de tempo de que dispõe a Secretaria da Receita Federal do Brasil para constituir os créditos relativos às contribuições previdenciárias, será regido pelo Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/66).

INCOMPETÊNCIA. INOCORRÊNCIA. Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB são executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal, conforme determina o art. 2º da Portaria nº. 11.371/07.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Quando o auto de infração encontra-se revestido de formalidades legais, e foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, com adequada motivação jurídica e fática, bem como pressupostos de liquidez e certeza, não há que se falar em nulidade.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS A CARGA DA EMPRESA. LEGALIDADE. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO. ATIVIDADE SUJEITA À RETENÇÃO. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO POR EMPRESA TOMADORA. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. A contribuição previdenciária a cargo da empresa incide sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados a seu serviço.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.

O fato de a empresa prestar serviço sujeito à retenção de valores não a exime da apuração nem do recolhimento da contribuição a cargo da empresa sobre a remuneração de todos os segurados.

Para que a empresa tenha direito a compensação de valores retidos, deve demonstrar que efetuou o destaque dos 11% da retenção na nota fiscal e/ou fatura, com a devida retenção e recolhimento dos valores devidos, ou seja, deve comprovar a origem do seu crédito.

MULTA. ARGUIÇÃO DE CONFISCO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE BENIGNA. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

A lei aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

RELATÓRIO DE VÍNCULOS. A relação apresentada no anexo "Relatório de Vínculos" não tem como escopo incluir os administradores da empresa no polo passivo da obrigação tributária, apenas lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da Administração, representantes legais ou não do sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo, sua qualificação e período de atuação.

IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DESACOMPANHADA DE PROVA. INEFICÁCIA. A impugnação deve vir acompanhada das provas. As alegações desacompanhadas de prova não produzem efeito em sede de processo administrativo fiscal, sendo insuficientes para ilidir o lançamento de ofício.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/04/2006 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS. Em decorrência dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 são legítimas as contribuições destinadas a Terceiras Entidades incidentes sobre o salário de contribuição definido pelo art. 28 da Lei 8.212/91.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/04/2006 a 30/09/2006

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - INFRAÇÃO CLF 68. Apresentar a empresa GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias constitui infração à legislação previdenciária. Art. 32, IV, parágrafo 5º, da Lei 8.212/91.

Intimado do referido acórdão em 04/07/2012 (AR fl. 576), o recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 577/625 em 27/07/2012, contendo em síntese basicamente os mesmos argumentos apresentados em sede de impugnação, os quais podemos descrever:

a) Preliminarmente:

a.1) Competência/Inexistência de Materialização do Fato Jurídico Tributável: aduz que a Defis Delegacia Especial de Fiscalização de São Paulo não tem competência para lavrar o presente lançamento, pois o Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, estabelece que a competência para decidir sobre compensação é da Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária - Derat e não da Defis, conforme art. 222 do referido regimento;

a.2) Os valores lançados no presente auto de infração estavam todos lançados em GFIP, COMO COMPENSAÇÃO. Não tendo sido homologada a compensação, o lançamento caberia à DERAT e não à DEFIS, na modalidade de COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA, que ensejaria ao contribuinte o recurso próprio de manifestação de inconformidade. Saliente, a Impugnante, que não se trata no caso presente de hipótese sujeita à auto de infração de ofício, sendo caso específico de COMPENSAÇÃO, tendo DEFIS usurpado de competência que não lhe é própria; e;

a.3) Os fatos jurídicos que se afiguram indispensáveis ao nascimento do liame obrigacional à contribuição do art. 31 da Lei 8.21/91 não estão presentes nesta notificação fiscal de lançamento de débito;

b) No mérito:

b.1) Todos os preceitos legais e constitucionais foram obedecidos e toda a documentação apresentada à fiscalização. Assevera que as Folhas de Pagamento dos Salários e as Guias de Recolhimento do INSS comprovam que a notificada recolheu aos cofres do INSS todas as contribuições cabíveis, tanto dos empregados, como da empregadora, como também recolheu a taxa de acidente de trabalho exatamente na forma prevista na Lei, e às contribuições devidas a outras entidades, ditas terceiros, utilizando-se de compensação de valores nos moldes do art. 31 da Lei 8.212/91;

b.2) Inexistem diferenças a serem recolhidas, a não ser que se queiram exigir os pagamentos em duplicidade, o que ocorreria o "*bis in idem*" ou na verdade, EXCESSO DE EXAÇÃO FISCAL;

b.3) O AFRFB aponta no item 4 a Natureza do débito como contribuições patronais à Seguridade Social devidas pela empresa incidentes sobre o total das remunerações pagas. Por outro lado, o anexo da FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO DÉBITO - FLD, aponta o código 501 COMPENSAÇÃO INDEVIDA, artigo 89 da Lei 8.212/91, com redação da Lei 9.129/95, além dos artigos 247 a 249, 251 e artigo 219, parágrafos 4 a 9. Assim, ocorre a dubiedade no confronto entre o relatório fiscal e o Fundamento Legal do Débito, ou seja, pelo relatório fiscal ocorreu o não pagamento de contribuições devidas pela empresa, fundamento legal previsto no artigo 22, I e II da Lei de Custeio e não o artigo 89 apontado pelo Fundamento Legal do Débito; 4.3 o lançamento com Debcad nº 51.001.1268, período 01/2009 a 05/2009, não merece prosperar, pois ao contrário do que consta no relatório fiscal, as GFIP's no período acima foram entregues corretamente, inclusive com informação de compensação dos valores, como faz prova a documentação ora apresentada, relativo as retenções na forma do art. 31 da Lei 8.212/91;

b.4) Todas as informações já estavam declaradas, inclusive com informação de compensação dos valores devidos, conforme crédito do contribuinte relativo a 11% do valor da fatura, débito da SÃO PAULO TRANSPORTES S.A.;

b.5) No período de 01/2009 a 05/2009, levantamento GL2 - Glosa Compensação, não cabe lançamento de ofício. Salienta que a compensação é modo especial de extinção da obrigação tributária para débito já declarada. Assim, se o débito já estava declarado, não cabe novo lançamento;

b.6) Com relação ao lançamento com Debcad nº. 51.001.1276, alega a empresa que com a Lei 11.457/2007, a cobrança para contribuições de entidades e fundos passou a ter as mesmas condições relativas às contribuições previdenciárias, logo, poderão também ser objeto de compensação com créditos relativos a terceiros, caso não sejam estes créditos previdenciários inteiramente absorvidos pelas retenções de 11%, conforme artigo 3º, §§ 1º, 2º e 3º da citada lei. 5. Com relação a alegação de cessão de mão de obra e o direito a retenção, argumenta a empresa que opera junto à SÃO PAULO TRANSPORTES S/A, sendo que a Procuradoria Geral Federal entende que serviços se enquadra no artigo 31 da Lei 8.212, redação da Lei 9711 e cabe à SÃO PAULO TRANSPORTES proceder à retenção e recolhimento do percentual de 11% incidente sobre o faturamento. Tal entendimento, segundo a empresa, encontra-se comprovado pelos documentos ora juntados, existindo procedimento judicial entre SÃO PAULO TRANSPORTES S/A e UNIÃO FEDERAL para cobrança das contribuições dos prestadores de serviço do transporte público municipal diretamente contra a SÃO PAULO TRANSPORTES S/A; 6. No que toca a nulidade do auto, alega em seu favor que o Município de São Paulo transferiu para a SÃO PAULO TRANSPORTES, que é uma empresa constituída em regime de sociedade de economia mista aquela competência que lhe foi atribuída pela Constituição em relação ao serviço de transportes público, competência de tal forma ampla e irrestrita que inclui também as licitações, contratos e outorga de permissões e autorizações;

b.7) Bem como o controle e a fiscalização dos serviços do Sistema Municipal de Transporte Coletivo de Passageiros. Tudo conforme Lei Municipal 12.328 de 24 de abril de 1997. De acordo com o Estatuto Social da SPTRANS, ela tem por objetivo social "a exploração do serviço público de transporte de passageiros". O Município, portanto, abriu mão dessa atribuição constitucional, através de outorga, tal como também lhe autoriza a própria Constituição. A partir daí, quem responde pelo serviço de transporte público na cidade de São Paulo não é mais o Município, mas a SPTRANS que, por sua vez, poderia desenvolver essa atividade diretamente, mas o faz de forma indireta, através de empresas de ônibus;

b.8) Hipótese de terceirização, a ensejar a responsabilidade subsidiária inclusive pelas reparações devidas aos trabalhadores das empresas contratadas;

b.9) anexa documentos em que a recorrente é coparticipante de um Consórcio juntamente com outras empresas de outros grupos não vinculados aos seus sócios, prestando serviços à Secretaria Municipal de Transporte do Município de São Paulo, serviço este que é gerenciado pela SÃO PAULO TRANSPORTES S/A. Entretanto, o contrato de concessão ajustado apenas mascara a realidade contratual, com as empresas de transportes sendo apenas prestadoras de serviço, não têm efetivamente CONCESSÃO do serviço de transportes da Cidade de São Paulo. O contrato não atende ao disposto na Lei nº. 8.666/93;

b.10) O artigo 71 do mesmo diploma legal, dispõe que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Estabelece o § 1º, que 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;

b.11) O § 2º determina que 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995). A prova de que o contrato não é de concessão e sim prestação de serviços vem da própria PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA DO INSS, que, analisando referido contrato, entendeu que cabia ao TOMADOR DE SERVIÇOS (SÃO PAULO TRANSPORTES) proceder à retenção de 11% incidente sobre a nota fiscal de prestação de serviços, recolhendo os valores em favor das prestadoras. Não o fazendo, foi fiscalizada com lançamento dos débitos relativos aos valores não retidos, sendo que referida PROCURADORIA determinou que os valores lançados fossem creditados nas prestadoras de serviço;

b.12) No PROCESSO 2007.61.00.0199560. MANDADO DE SEGURANÇA, em que é Autora EXPRESSO URBANO SÃO JUDAS TADEU LTDA, e ré PROCURADOR REGIONAL FEDERAL DE SÃO PAULO DO INSS, foi juntada cópia de documentos do processo administrativo anexado aos autos de execução, que estão anexados Nota Técnica 33/2003 da PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA DO INSS, que aprova entendimento de que a RELAÇÃO NEGOCIAL DA SÃO PAULO TRANSPORTES COM AS EMPRESAS QUE EXECUTAM O TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL SUBSUME-SE PERFEITAMENTE À DISCIPLINA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RADICADA NO ARTIGO 31 DA LEI 8.212/91, CUJO DESCUMPRIMENTO ENSEJA A RESPONSABILIDADE ÚNICA DA SUBSTITUTA, DEVENDO A PROCURADORIA DILIGENCIAR NO SENTIDO DE NÃO SUJEITAR AS EMPRESAS CEDENTES DE MÃO DE OBRA À CONTRIBUIÇÃO PATRONAL; 7.1. nos autos do Mandado de Segurança retro-mencionado consta cópia do Memorando Circular Conjunto INSS/DIREP/CGTRIJ/CGREC/CGFISC 01/2004 de 04 de maio de 2004, noticiando que a SÃO PAULO TRANSPORTES já foi fiscalizada com lavratura de Notificações Fiscais de Lançamento de Débito relativos à retenção de onze por cento sobre o valor das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços, não efetuada pela empresa, determinando RETIFICAÇÃO NOS LANÇAMENTOS DE DÉBITOS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS;

b.13) No Sítio da Previdência Social, consta o registro das NFLD's 5.418.5420 e 35.211.3510, justamente as mencionadas no Memorando retro mencionado, em relação à SÃO PAULO TRANSPORTES. E mais, a Procuradora da AGU Dra. Sofia Mutchnik declara em documento intitulado CONSULTA que: "A nosso ver, portanto, tem-se que o dever de recolher aos cofres previdenciários a retenção de 11% da Nota Fiscal relativa à cessão de mão de obra é **único e exclusivo do tomador**, não podendo ser cobrado tal montante do sujeito passivo direito da obrigação tributária (o detentor da folha de salários que cede a mão de obra ao tomador)". Conclui a douta procuradora com a assertiva de que há de se abater todos os débitos lançados nas prestadoras de serviço;

b.14) No que tange a retenção, o auditor fiscal deixou de apropriar como crédito do IMPUGNANTE no presente lançamento, valores que foram retidos pelo tomador de serviços e que não foram absorvidos no presente lançamento fiscal. Assim, é de se ressaltar que o IMPUGNANTE tem os créditos decorrentes da retenção de 11% sobre o faturamento que não foram alocados e estão demonstrados no cotejo do presente, pelos documentos apresentados;

b.15) Consoante dispõe a Lei 8.212/91, em seu artigo 31, redação das Leis 9711/98 e 11.941 de 27/05/2009, a empresa prestadora de serviços será obrigada a proceder ao

destaque de 11% sobre a fatura de prestação de serviços, podendo utilizar a referida retenção em **qualquer** estabelecimento da empresa;

b.16) A recorrente não utilizou referida sobra de créditos, assim, os mesmos devem ser alocados durante a ação fiscal em que se procede o lançamento de outros fatos geradores não declarados pela recorrente em sua GFIP. Com o advento da MP 449 convertida na Lei 11.941 de 27 de maio de 2009, as sobras de retenção deverão ser alocadas em todos os estabelecimentos, sendo que os valores não utilizados deverão ser considerados para as competência" seguintes. Este saldo em favor da recorrente foi devidamente informado em GFIP;

b.17) O contrato de Concessão entre a Secretaria Municipal de Transportes de São Paulo e empresa líder do Consórcio já prevê, conforme a **cláusula 19.1.25, fls. 29/33**, o desconto da parcela da remuneração de cada Concessionária a ser destinada ao pagamento do INSS, cláusula esta suspensa pelo período de transição de 90 dias, contados de 21/07/2003, aplicando-se integralmente, portanto, ao período fiscalizado e com lançamento de créditos previdenciários;

b.18) Outro vício do presente auto, refere-se responsabilidade solidária pelo pagamento do crédito tributário aos sócios e procuradores da empresa, o que não se pode aceitar, conforme estabelecido na Relação de Corresponsáveis que compõe o lançamento fiscal. Jamais poderiam os diretores da ora defendente figurar como corresponsáveis pelo suposto débito. Dessa forma, somente a IMPUGNANTE estaria inicialmente obrigada ao cumprimento desta obrigação tributária, e por consequência somente contra ela poderia ser lavrada uma notificação ou auto de infração e também dela serem cobradas as contribuições não recolhidas;

b.19) As hipóteses onde os sócios e procuradores poderiam ser responsabilizados subsidiariamente pelo pagamento das contribuições em comento estão previstas nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, o que não ocorreu;

b.20) A Lei nº 11.941/09 trouxe uma importante modificação no que diz respeito à responsabilidade solidária dos sócios e administradores de empresas: o seu artigo 79, revogou o artigo 13 da Lei 8.620/93, este artigo foi utilizado como embasamento legal pelo INSS não só para o redirecionamento, mas também para promover a inclusão do nome dos sócios na CDA. Logo, estando expressamente revogado, temos que a referida inclusão tornou-se ilegal;

b.21) No presente caso ocorre o "bis in idem", visto que a Receita Federal do Brasil, através da Procuradoria Geral da União já vem procedendo ao lançamento das contribuições previdenciárias em relação à empresa SÃO PAULO TRANSPORTES S/A, tomadora de serviços do prestador, ora IMPUGNANTE. O fundamento são pareceres no sentido de que a responsabilidade do recolhimento pelas prestadoras é do tomador de serviços, no caso a SÃO PAULO TRANSPORTES S/A. Referida matéria, já foi objeto de julgamento no processo cadastrado no TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, processo 200361000035764, em que aquele Tribunal, por unanimidade reconheceu o direito da Receita Federal do Brasil em proceder ao lançamento de contribuições previdenciárias em face da SÃO PAULO TRANSPORTES LTDA, em relação aos prestadores de serviço do transporte coletivo urbano da Cidade de São Paulo, reconhecendo a ocorrência da hipótese prevista no artigo 31 da Lei 8.212/91, redação da Lei 9711/98; e

b.22) No processo originário da 26ª Vara Cível da Capital, a SÃO PAULO TRANSPORTES S/A, obteve julgamento favorável em Ação Ordinária Declaratória no sentido de anular o lançamento relativo a contribuições previdenciárias como tomadora de serviços das empresas prestadoras de serviço de transporte urbano de São Paulo. Dados do processo no site da Justiça Federal da Terceira Região, sede em São Paulo;

c) DO PEDIDO - Ante o exposto, requer o provimento do presente RECURSO, com a declaração de manifesta insubsistência da autuação, e ainda, solicita nos termos do art. 36 da Lei nº 9.789/99 a juntada a estes autos do processo integral de apuração de débitos na São Paulo Transportes, dado a repercussão do mesmo nos lançamentos das prestadoras de serviço, bem como o julgamento conjunto dos processos vinculados a ação fiscal – MPF 0819000.2010.004377, PT 19515.721.570/2011-26.

Incluído o mencionado recurso voluntário na pauta de julgamentos do dia 14/08/2013, desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, sob relatoria da conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, resolveu o colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos seguintes termos:

"Pelo exposto, voto POR CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, tendo em vista o resultado análogo do julgamento do AI de obrigação principal nº. 19515721570/2011-26 possuir correlação com o presente AIOA."

Em resumo, foi requerida a diligência porque este foi o entendimento adotado no PAF nº. 19515.721570/2011-26, apensado a este processo, de modo que as informações solicitadas naquele processo também implicariam no julgamento do presente.

No Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 854/855), a Autoridade Fiscal assim concluiu:

De sorte que não há motivo algum para que se cogite qualquer repercussão do processo 19311.720.396/2011-91 em relação ao processo 19515.721.570/2011-26. Aquele foi levantado contra a SMT pela falta de recolhimento da cessão de mão de obra (retenção 11%) sobre os serviços contratados das empresas integrantes do consórcio 6. A empresa Bola Branca não faz parte do referido consórcio.

Não há qualquer vínculo contratual entre a empresa SMT e a Viação Bola Branca de forma que o auto de infração, onde foram glosadas as compensações previdenciárias (19515.721.570/2011-26) deve ser julgado procedente. A empresa Bola Branca não sofreu retenção previdenciária da contratante SMT, simplesmente porque não faz parte do consórcio.

Por este motivo não foram apresentadas, nem na fiscalização, nem na impugnação qualquer nota fiscal com retenção destacada.

Não foi necessário abrir diligência na empresa Viação Bola Branca Ltda., de forma que não há termo de início de diligência fiscal e respectivo termo de encerramento.

Assim, cumprida a diligência anteriormente requerida, encontra-se o presente processo administrativo em condições de ser julgado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alexandre Tortato - Relator

O presente processo está sendo novamente formalizado ante o fato de na primeira data de formalização não ter constado a assinatura da então Presidente substituta da turma, Maria Cleci Coti Martins.

Assim, em virtude do término do mandato da mencionada presidente quando do retorno deste processo administrativo para correção da ausência da assinatura, torna-se necessária a republicação do acórdão, tornando sem efeito o acórdão formalizado às fls. 868/882.

Dessa forma, reproduzo integralmente o voto anteriormente publicado, apenas com a assinatura da atual presidente para sanear a falta anterior.

Admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, assim, dele tomo conhecimento.

Mérito

a) Da compensação das contribuições previdenciárias

A controvérsia consiste no fato da empresa recorrente ter realizado a compensação de contribuições previdenciárias, onde o crédito por ela apresentado, para pagamento dos débitos via compensação, decorre da aplicação de 11% sobre o valor do faturamento do seu serviço prestado à tomadora São Paulo Transportes S/A que, nos termos do art. 31 da Lei nº. 8.212/91 deveria ter sido retido. Eis a redação do respectivo artigo e suas alterações:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dez do mês subsequente ao da

emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Medida Provisória nº 351, de 2007)

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 a importância retida até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

Como se depreende das redações acima, que englobam todo o período de apuração de crédito apontado pela recorrente, há um comando claro e específico no referido artigo, qual seja, o **dever** da empresa tomadora de realizar a **retenção** do valor de 11% do valor bruto da nota fiscal, com o consequente recolhimento da importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra (no caso, a ora recorrente).

Ocorre que, conforme atestado e informado pela própria contribuinte autuada, desde sua peça impugnatória, vem sendo discutida no presente processo administrativo (e em outros processos, sejam judiciais ou mesmo na esfera administrativa) a **responsabilidade sobre a retenção e não deixando dúvidas de que, no caso concreto, NÃO HOUVE A RETENÇÃO DO VALOR DE 11% DAS NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.**

O Relatório Fiscal à fl. 264 informa que a empresa “*declarou em GFIP, a título de compensação, valores que não puderam ser validados em virtude da falta de documentação comprobatória, conforme termos de intimação e reintimação*”. Ou seja, a recorrente não apresentou qualquer documento que lhe autorizasse fazer a compensação, ou mesmo, as notas fiscais de prestação de serviço com o devido destaque e retenção da contribuição de 11%.

Assim, os documentos apresentados (processos envolvendo a Fazenda Nacional e a São Paulo Transportes S/A) pela recorrente são absolutamente inócuos e impertinentes à situação em concreto do presente processo administrativo fiscal, posto que, em suma, trata-se de contribuinte tentando realizar a compensação com créditos oriundos da retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei nº. 8.212/91 que, contudo, **não ocorreu.**

Nestes termos, como validar a compensação do contribuinte que, nitidamente, não faz jus ao crédito (não sofreu retenção) que informa nas compensações realizadas nas competências 10/2006 a 12/2008? No meu entender, absolutamente inócua as discussões trazidas sobre responsabilidade realizadas em outros processos, já que comprovada a ausência de retenção nos serviços prestados pela recorrente e, portanto, inexistente o crédito.

Os documentos apresentados às fls. 323/471 (cópias do representante, do contrato social, do Embargo de Declaração interposto pela União, da Apelação interposta pela União, do MemoCircular Conjunto/INSS/DIRET/CGREC/CGFISC nº 01/2004, Nota Técnica/CGMT/DCMT nº33/2003, do Mandado de Segurança proposta pelo Expresso Urbano São Judas Tadeu Ltda e outros, de GPS – competências 04/2006 a 09/2006, do Relatório Analítico da GRF, da Relação dos Trabalhadores Constantes do Arquivo SEFIP, Comprovante de Declaração da GFIP e do Resumo de Informações, para o período 04/2006 a 09/2006) não possuem o condão de atestar a existência do crédito indicado nas compensações.

Processo nº 19515.721569/2011-00
Acórdão n.º **2401-004.040**

S2-C4T1
Fl. 875

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato