



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 36216.000037/2006-53
Recurso nº 146.689 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.416
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente BASF S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/04/2005

PREVIDENCIÁRIO. PREVIDENCIÁRIO CONSTRUÇÃO CIVIL
CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. OU EMPREITADA. RETENÇÃO.
OBRIGATORIEDADE. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE
LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

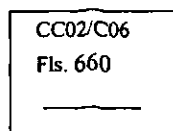
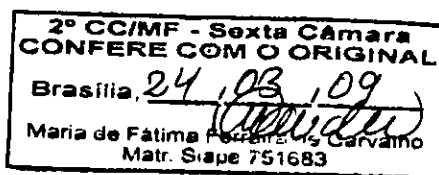
1- De acordo com o artigo 34 da Lei nº 8212/91, as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal e lançamento, pagas com atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -SELIC incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.

2- Nos termos do art. 49 do Regimento Interno deste Conselho é vedado ao Conselho afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob o fundamento de inconstitucionalidade, sem que tenham sido assim declaradas pelos órgãos competentes. A matéria encontra-se sumulada, de acordo com a Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes.

3- Consoante disposto no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, a empresa contratante de serviços de conservação e limpeza executados mediante cessão de mão de obra ou empreitada deverá reter 11% do valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês seguinte ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra.

4- A teor do disposto no parágrafo único do art. 142 da IN/SRP nº 03/2005, não se aplica a retenção sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços por empresas optantes pelo SIMPLES no período de 01/01/2001 a 31/08/2002.

Recurso Voluntário Provido em Parte.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento o período de 01/2001 a 08/2002, em face de não se aplicar a retenção no período de 01/01/2000 a 31/08/2002, em razão de serviços prestados por empresas optantes pelo SIMPLES, de acordo com o disposto no art. 142, parágrafo único da IN nº 03/2005 e os valores correspondentes a 50%, relativos a materiais, das notas fiscais nº 3750, 4515 e 4507, de acordo com o Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos –FORCED, fls. 631/634.

ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente

CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 51/54, refere-se à contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 01/2001 a 04/2005, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

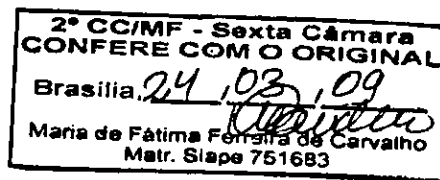
Segundo o Relatório Fiscal, constituem os fatos geradores das contribuições objeto do presente lançamento, os pagamentos efetuados a empresa ADIMIL MENDES JUNIOR GUARATINGUETÁ CNPJ nº 01.133.011/0001-02, pelos serviços de construção civil prestados à BASF S/A, e como não houve especificação dos estabelecimentos tomadores de serviços, para fins de levantamento foi considerado o estabelecimento Imigrantes (CNPJ 48.539.407/0001-18). Serviu de base para emissão da presente NFLD os registros contábeis apresentados via magnético, as cópias das notas fiscais/faturas/recibos de prestação de serviços apresentadas.

Informou, ainda, o citado Relatório Fiscal que os serviços prestados pela empresa ADIMIL MENDES JUNIOR GUARATINGUETÁ se enquadram de acordo com o art. 152, §§ 1º, 2º e 3º, art. 153, art. 178, art. 196, inciso II, art. 427, inciso I e anexo XV, item 45.25-0/01 da Instrução Normativa 100, que passou a vigorar a partir de 01/04/2004, com alterações posteriores. A IN 100 revogou a IN 071, de 10/05/2002, que por sua vez revogou a Ordem de Serviço 209/99.

Informou, outrossim, que os serviços citados e efetuados na cessão de mão-de-obra e ou empreitada pela empresa ADIMIL MENDES JUNIOR GUARATINGUETÁ estão sujeitos à retenção, conforme art. 154, inciso III da IN 100. Portanto a tomadora deve reter 11% do valor da mão-de-obra das notas fiscais, faturas ou recibos de serviços.

Tempestivamente, a empresa contratante apresentou sua defesa, trazendo dentre outras, as alegações de que a empresa prestadora dos serviços objeto da presente NFLD é empresa optante pelo SIMPLES, que a contratada não mantém equipe cedida para a notificada, em regime de cessão de mão-de-obra; fez um histórico da retenção em que ressalta que para haver retenção é necessário haver a cessão de mão-de-obra. Trouxe à colação diversos julgados do STJ sobre a matéria e por último argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC e concluiu requerendo seja declarada insubsistente a Notificação Fiscal de lançamento de Débito -NFLD, desconstituindo-se o crédito tributário apurado. Juntou aos autos, cópias de julgados do STJ, sobre o assunto (fls. fls. 86/114).

A Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo, por meio da Decisão-Notificação nº 21.434.4/0094/2006, julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:



"DIREITO PREVIDENCIÁRIO RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. OU EMPREITADA. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA CONTRATANTE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. INDEFERIMENTO. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

É obrigatória a retenção nos serviços de Construção civil, ainda que contratados por empreitada.

Indefiro o pedido de prazo para apresentação de documentos por não estarem configuradas as hipóteses legais que permitem a apresentação de prova documental após a impugnação.

Os acréscimos legais são cobrados em virtude de determinação legal de caráter irrelevável.

É vedado ao julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo."

Intimado da decisão e com ela não se conformando, o interessado ingressou com recurso a este Conselho, reproduzindo os argumentos aduzidos em sua impugnação, donde se destaca, em síntese, o seguinte:

Que a recorrente, por ocasião de sua impugnação, requereu inicialmente a dilação do prazo para juntada de documentos e aditamento à defesa, vez que, considerando que a mesma fora autuada em época de férias coletivas, o que implicava em dificuldades na localização dos documentos. Tais documentos visavam demonstrar que nada é devido ao Instituto Previdenciária, vez que a prestadora de serviços recolheu a totalidade dos tributos sem efetuar abatimento da retenção de 11% na sua GFIP, mesmo porque, nunca foi o caso de retenção.

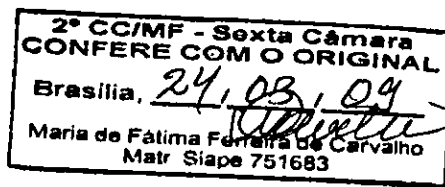
Que em que pese o douto conhecimento do Ilmo Auditor Fiscal, a r. decisão merece reforma, vez que, não foi aplicado corretamente o direito ao caso concreto;

Que contrariamente ao entendido pelo Ilmo Auditor Fiscal, nunca houve a prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão de obra;

A recorrente esclarece que a contratada, não mantém equipe cedida para a notificada em regime de cessão de mão-de-obra, não prestando serviços nas dependências da tomadora e nunca houve a necessidade de equipe dedicada em serviço contínuo, podendo inclusive, prestar este tipo de serviço simultaneamente para várias empresas, que a presunção somente pode ser contrária à presunção do d. agente fiscal, de que não há que se cogitar na existência de cessão de mão-de-obra, requisito básico pra a aplicação da retenção de 11%,

Que a prestação simultânea de serviços a mais de um tomador, por si só já afastaria o entendimento de se tratar a contratação de cessão de mão-de-obra;

Que a contratada não coloca seus empregados à disposição do tomador de serviços, nem cede mão-de-obra para realização de serviços contínuos, fato que, por si só, já basta para desobrigar a recorrente da contribuição questionada nestes autos.



Além desses argumentos, faz um histórico sobre a retenção, ressaltando que o dispositivo legal que trata a matéria deveria ser interpretado observando-se de plano a premissa que os serviços somente estariam sujeitos à retenção “quando executados mediante cessão de mão-de-obra”, como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91.

Para corroborar sua tese, a recorrente citou Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, transcreveu algumas delas. Argumentou, ainda, que a empresa contratada sempre recolheu integralmente suas contribuições para a Previdência Social, sem efetivar a compensação dos 11%, conforme documentos juntados aos autos.

Por derradeiro, argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, uma vez que essa forma de cálculo não se encontra prevista em lei, desrespeita-se a reserva absoluta da lei formal, ofendendo-se deste modo, o art. 150, I da Constituição Federal, combinado com o art. 97, inciso V do CTN.

Requeru a desconstituição do lançamento e débito objeto da presente e o devido arquivamento do presente processo. Juntou aos autos, Extratos dos Andamentos Processuais e Certidões de Objeto e Pé, das decisões citadas no presente recurso (fls. 170/176).

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 169.

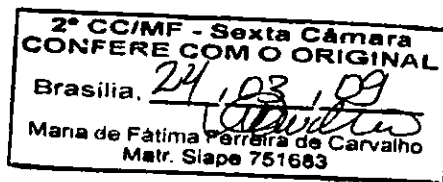
A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contra-razões, alegando que os argumentos ora apresentados já foram devidamente apreciados quando da emissão da Decisão recorrida.

A Recorrente apresentou aditamento ao recurso em resalta que a empresa prestadora dos serviços presentes na NFLD em debate é empresa optante pelo SIMPLES, conforme documento juntado – “Consulta Situação Optantes pelo SIMPLES”, portanto não está sujeita à retenção de 11%. Transcreve a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (fls. 184/188). Juntou aos autos, Extratos dos Andamentos Processuais e Certidões de Objeto e Pé, das decisões citadas no presente recurso (fls. 194/363).

Estes autos foram objeto de julgamento pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, que, por meio do Decisório nº 274/2006, o Julgamento foi convertido em diligência, para que a autoridade lançadora informasse se os contratos objeto da presente NFLD seriam aqueles juntados pela Recorrente, caso não sejam, que juntasse cópias desses contratos, bem como das notas fiscais referentes aos serviços prestados.

Em cumprimento ao solicitado foram juntados os documentos de fls. 374/630. Consta informação fiscal de que foi realizada diligência na empresa acima identificada, que a empresa apresentou as notas fiscais de serviços (fls. 533/630) e alguns pedido de compra, às fls. 381/532. Que da análise desses documentos verificou-se que houve previsão de fornecimento de material e equipamentos.

Esclareceu que somente na diligência, tomou conhecimento de que a empresa contratada é optante pelo SIMPLES. De acordo com o art. 142, parágrafo único da IN nº 03/2005, não se aplica retenção ao período de 01/01/2000 a 31/08/2002, para as empresas optantes pelo SIMPLES. Portanto, foram excluídos os valores relativos referentes a 50% do valor bruto das notas fiscais emitidas no período de 01/2001 a 08/2002. Também foram



excluídos os valores referentes a 50% de materiais, nas notas fiscais de saída 3750, 4515 e 4507.

Em face dessas ocorrências, foi efetuada a retificação dos valores lançados através da elaboração do Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos – FORCED, fls, 631/634.

A empresa, intimada do resultado da diligência, manifestou-se no sentido de ratificar as razões anteriormente apresentadas alegando mais, que para que não pairassem dúvidas a este E. Conselho deveria restar demonstrado de forma minuciosa, detalhada que os serviços prestados efetivamente se enquadravam na previsão legal de cessão de mão-de-obra, com a exposição dos motivos que formaram sua convicção.

É o Relatório.

Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

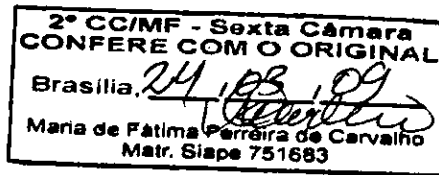
Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e preparado com o depósito prévio nos termos da legislação em vigor.

Antes de proceder à análise de mérito das razões do presente recurso, cumpre apreciar a arguição de inconstitucionalidade trazida pela recorrente, quanto à aplicação da taxa de SELIC no cálculo dos juros de mora. Alega a Recorrente que a forma de cálculo da SELIC não se encontra prevista em lei, o que ofende o art. 150, inciso I da Constituição, combinado com o art. 97, inciso V do CTN e que por outro lado, encontra-se no art. 161 do CTN, a norma que determina que os tributos não integralmente quitados serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1% ao mês, exceto dispositivo contrário.

Nesse sentido vale salientar que os juros de mora exigidos no presente lançamento, de fato, decorrem de legislação específica, em plena vigência, conforme fundamentada no artigo 34 da Lei nº 8212/91, que assim estabelece:

"Art. 34 - As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos em caráter irrelevável."

Cumprе destacar, outrossim, que nos termos do artigo 49 do Regimento Interno dos Conselhos dos Contribuintes, no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade. Além disso, a matéria encontra-se sumulada, conforme Súmula nº 02 deste 2º Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos: "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária". Com isso, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade de aplicação da taxa SELIC, no cálculo dos juros de mora.



Superada a preliminar suscitada, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 51/54, refere-se à contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 01/2001 a 04/2005.

A obrigatoriedade da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra, está prevista no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, abaixo transcrito, que estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, que confere a esse tomador o dever de antecipar o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração percebida pelos segurados da prestadora, na execução dos serviços contratados.

"Art. 31 - A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de contrato 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.

§ (...).

§ 3º - para os fins desta lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

Nesse contexto não é lícito à empresa alegar omissão para se eximir do recolhimento da importância retida nos termos do art. 31, *caput* da Lei nº 8.212/91 c/c art. 33 § 5º, *in verbis*:

"Art. 33 § 5º - O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta lei."

Por força do referido dispositivo legal, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra passou a ser responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais decorrentes da prestação de serviços na razão de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, assim a legislação previdenciária lhe comina a responsabilidade pela arrecadação das respectivas contribuições sociais na forma de retenção e, tendo descumprido tal obrigação, torna-se responsável pela importância que deixou de arrecadar.

É cediço que a Lei nº 9.711/98 que alterou o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com eficácia a partir de 02/1999, estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relativamente à contribuição sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, cujo contribuinte é a empresa prestadora de serviços e cujo fundamento legal é a autorização contida no art. 128 do Código Tributário Nacional.

Assim, o instituto da Retenção é uma “hipótese de substituição tributária, cuja criação é autorizada pelo art. 128 do CTN, que permite ao legislador estabelecer hipóteses de responsabilidade tributária, atribuindo a responsabilidade pelo pagamento a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, terceiro este que passa, então, a ser sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável (art. 121, parágrafo único, II, do CTN). A figura da substituição tributária existe, justamente, para atender a princípios da racionalização e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento e ampliando as garantias de recebimento do crédito. Não se tem aqui a instituição de nova contribuição” (in Paulsen Leandro, Direito Tributário, 6ª edição, Livraria do Advogado Editora, p. 937).

“Neste sentido o Pleno do STF, em sessão realizada em 03/11/2004, julgando o RE 393.946/MG, assentou entendimento no sentido de que a Lei 9.711/98 apenas criou nova sistemática de arrecadação, tornando as empresas tomadoras de serviços responsáveis tributárias pelo regime de substituição tributária, sem afetar a base de cálculo ou a alíquota da Contribuição Previdenciária sobre a folha de pagamento. A título elucidativo, destaca-se a ementa que resumiu o referido julgado: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98.

I - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra: inoccorrência de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148.

II - R.E. conhecido e improvido.”

Vale destacar parte do voto condutor no Recurso Especial nº 695.458 - SP, da lavra da Ministra ELIANA CALMON:

“Verifica-se a criação de um sistema eclético de recolhimento, onde o tomador desconta parte do devido à Previdência em razão do serviço locado, responsabilizando-se pelo recolhimento, com destaque na nota fiscal ou na fatura, para então fazer-se o abatimento pela fornecedora da mão-de-obra, quando do recolhimento incidente sobre a folha de salário. Observe-se que não se alterou alíquota ou base de cálculo, apenas adiantou-se parte do recolhimento.

E para evitar perplexidades, os parágrafos do novo comando normativo deram a solução para o encontro de contas, ou seja, compensação do devido sobre a folha de salário, calculado em sua íntegra, com o objeto do adiantamento. E o § 2º do referido dispositivo foi além para permitir a restituição de eventual saldo remanescente à empresa locadora de mão-de-obra, caso o adiantamento fosse maior do que o valor a pagar à previdência.

Entendo que a sistemática utilizada obedeceu inteiramente ao disposto no art. 128 do CTN, o qual não foi maculado em nenhum passo. Por outro ângulo, temos que não se alterou a fonte de custeio ou a base de cálculo, porque a incidência não é sobre a fatura ou a nota fiscal, mas sim sobre a folha de salário, porque a fatura serve apenas de base para o adiantamento."(grifo nosso).

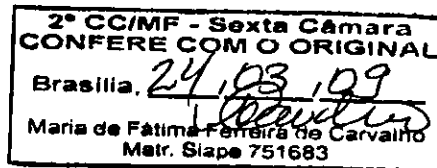
Portanto inconteste é a obrigação previdenciária da empresa tomadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra, de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, ficando diretamente responsável pelo que deixar de recolher. Justamente, pelo fato de o contratante passar a ser sujeito passivo da obrigação previdenciária, torna-se irrelevante, para fins de aferição do cumprimento da obrigação principal, o fato de a prestadora ter ou não efetuado o recolhimento das suas contribuições sobre a folha de pagamento.

Nesse sentido, vale esclarecer que no caso da retenção, a obrigação pelo recolhimento é exclusiva do tomador de serviços, ao qual compete reter e recolher o valor, não arcando com qualquer encargo financeiro, mas, tão-somente a obrigação de observar as determinações legais, ficando com a responsabilidade do recolhimento caso não efetue a citada retenção, na qualidade de responsável.

Em regra geral, para que haja a retenção instituída no caput do citado artigo 31, a própria lei cuidou de eliminar quaisquer dúvidas acerca de sua aplicação, quando no seu § terceiro traz a definição de cessão de mão de obra. Nessa mesma direção, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, estabeleceu nos incisos do § 2º do art. 219, uma série de serviços que se executados mediante cessão de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção.

No presente caso, em que pesem as alegações da recorrente de que a fiscalização não se baseou em contrato para comprovar a existência de mão-de-obra cedida, vale esclarecer que, em cumprimento à diligência da 4ª CaJ/CRPS, a fiscalização, mediante o Termo de Intimação Para Apresentação de Documento –TIAD, solicitou da empresa recorrente a apresentação das cópias dos contratos de prestação de serviços, no que não foi atendidas.

Nesse sentido, impõe esclarecer que, de fato, e como já dito, a cessão de mão de obra há que ser demonstrada pela fiscalização. Entretanto, a não apresentação do documento solicitado, pela fiscalização, no caso, o contrato de prestação de serviços, tem o condão de inverter o ônus da prova, de acordo com o disposto no art. 33 § 3º da Lei nº 8212/91.



Ademais, cumpre esclarecer que as notas fiscais de prestação de serviços e outras situações verificadas pela fiscalização durante a ação fiscal, levam à conclusão de que os serviços referidos foram prestados mediante cessão de mão-de-obra, satisfazendo, assim a norma contida no § 3º do art. 31 da citada lei.

Demais disso, o § 3º do art. 219, esclarece que esses serviços estão sujeitos à retenção também quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra. De sorte que, no presente caso, por força dos dispositivos legais citados, ainda que não houvesse restado comprovada a cessão de mão-de-obra, a retenção ainda seria obrigação imposta ao tomador já que ela é obrigatória mesmo quando os serviços são prestados mediante empreitada.

Com relação à alegação de que a empresa prestadora dos serviços é optante pelo SIMPLES e que por isso é isenta da retenção, vale esclarecer que, por tudo que restou demonstrado, a lei nova (Lei nº 9711/98) não cria uma nova forma de contribuição, não revoga nem modifica a lei anterior (Lei nº 9317/96), apenas atribui à empresa tomadora a condição de responsável tributária, como numa forma de se eximir de possível responsabilidade solidária.

É certo que a empresa optante pelo SIMPLES paga as contribuições devidas à Seguridade Social, (cota patronal) juntamente com outros tributos, na forma estabelecida pela Lei nº 9317/96. Contudo, continua obrigada a arrecadar e a recolher as contribuições devidas pelos segurados utilizados na execução dos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra. Daí porque, o fato de uma empresa prestadora de serviços ser optante pelo SIMPLES, não afasta a obrigação da tomadora de efetuar a retenção dos 11%. Evidentemente, se o valor retido for superior ao valor devido, será efetuada a compensação do excesso pela empresa cedente de mão-de-obra.

Entretanto, de acordo com o art. 142, parágrafo único da IN nº 03/2005, não se aplica retenção ao período de 01/01/2000 a 31/08/2002, para as empresas optantes pelo SIMPLES. Dessa maneira o período de 01/2001 a 08/2002 deve ser excluído do lançamento, bem como os valores referentes a 50% de materiais, constantes das notas fiscais de saída 3750, 4515 e 4507., de acordo com o Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos – FORCED, fls, 631/634.

Por outro lado, com relação à alegação de que a empresa contratada recolheu as contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, razão não lhe atribuo, porquanto o instituto da retenção não se confunde com o da responsabilidade solidária. Com efeito, na responsabilidade solidária a Administração deve examinar os documentos apresentados pelo prestador buscando verificar a existência de recolhimento das contribuições exigidas.

Na retenção, contudo, não existe essa exigência, eis que a obrigação do recolhimento é exclusiva do tomador de serviços, a quem compete reter e recolher o valor. Ao tomador impõe dois ônus: reter e recolher o valor retido e, caso, não efetue a retenção, será responsabilizado pelo recolhimento, por ser ele o responsável direto pela retenção nos termos do citado artigo 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98.

Por fim o lançamento obedeceu aos critérios estabelecidos pela legislação previdenciária, especialmente aqueles do art. 37, da Lei n.º 8.212/91, determinando, de forma clara e precisa o fato gerador do crédito apurado, sendo que a cobrança de tais contribuições decorre do estrito cumprimento da lei, determinação essa a que os fiscais do INSS não podem se omitir no exercício do seu dever funcional e legal, haja vista que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, conforme disciplina o art. 142 do CTN.

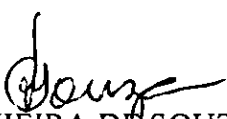
Assim, a despeito da argumentação apresentada pelo recorrente, não vejo nela qualquer fundamento que possa julgar totalmente insubsistente a NFLD, ou levar à desconstituição do crédito previdenciário ora atacado, uma vez que se encontra revestido das formalidades legais exigidas para a sua constituição.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO: pelo exposto **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, rejeitar a preliminar de ilegalidade de aplicação da SELIC suscitada, para no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, no sentido de excluir do lançamento o período de 01/2001 a 08/2002, em face de não se aplicar a retenção no período de 01/01/2000 a 31/08/2002, em razão de serviços prestados por empresas optantes pelo SIMPLES, de acordo com o disposto no art. 142, parágrafo único da IN nº 03/2005 e os valores correspondentes a 50%, relativos a materiais, das notas fiscais nº 3750, 4515 e 4507, de acordo com o Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos –FORCED, fls. 631/634.

Sala das Sessões, em 08 de outubro de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA