



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 36216.000040/2006-77
Recurso nº 146.690 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.417
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente BASF S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2002 a 31/12/2002

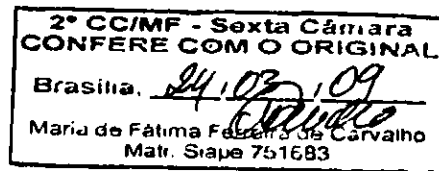
CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OCORRÊNCIA. RETENÇÃO 11% JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

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.

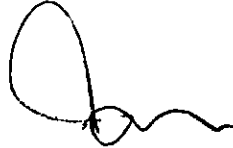
3- Consoante disposto no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, deverá reter 11% do valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do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

Recurso Voluntário Negado.



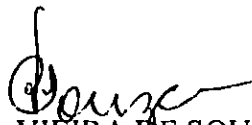
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

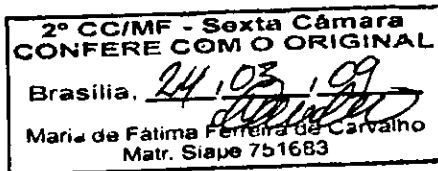
Presidente



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 05/1999 a 12/2002, 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 BREDA TRANSPORTES E TURISMO LTDA., CNPJ nº 05.160.935/0001-59, pelos serviços de transporte de passageiros prestados à BASF S/A, 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 BREDA TRANSPORTES E TURISMO LTDA. se enquadram de acordo com o art. 152, §§ 1º, 2º e 3º da Instrução Normativa 100/2004, que revogou a Instrução Normativa nº 71/2002, que por sua vez revogou a Ordem de Serviço nº 209/99; Que os serviços foram tomados periodicamente, constituindo-se uma necessidade permanente, isto é dentro do conceito de cessão de mão-de-obra, não se enquadrando, portanto, em uma empreitada. Além disso, observou-se que a empresa está sempre a disposição da BASF S/A.

Informou, outrossim, que o presente lançamento teve como base de cálculo 30% do valor bruto da nota fiscal de serviços, conforme art. 159, inciso II da IN nº 100/2004, pois na apresentação da descrição dos pedidos apresentados, houve a previsão de fornecimento de material e equipamento. Os pagamentos dos serviços, juntamente com as alíquotas aplicadas, constam do Relatório "Discriminativo Analítico do Débito". O crédito lançado encontra-se fundamentado na legislação constante do anexo "Fundamentos Legais"

Tempestivamente, a empresa contratante apresentou sua defesa, trazendo dentre outras, as alegações de que a presente notificação tem por objetivo a cobrança de valores relativos a contratação da empresa BREDA TRANSPORTE E TURISMO LTDA. por entender o Agente Fiscal que este tipo de contratação está sujeito a retenção de 11% prevista no artigo 31 da Lei nº 8212/91. Entretanto, não pode concordar com a referida autuação, eis que a atividade contratada, não tem como objeto a cessão de mão-de-obra;

Que para aplicação da retenção de 11% é necessário que haja cessão de mão-de-obra de acordo com sua definição legal, ou seja, 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.

Alegou, ainda que a empresa prestadora de serviços, objeto da presente NFLD, é detentora de segurança concedida em Mandado de Segurança, nº 199.61.00.009815-0, cópias anexas (fls. 146/212), que a isentou da retenção de 11% por parte de seus tomadores de serviço.

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 dos contratos de prestação de serviços (fls.78/100), julgados do STJ, sobre o assunto (fls.101/120); cópias de faturas emitidas pela contratada (fls.130/131).

A Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo, por meio da Decisão-Notificação nº 21.434.4/00111/2006, julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. COMPROVAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE EMPRESA CONTRATANTE. AÇÃO JUDICIAL. TOMADOR DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. INDEFERIMENTO. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

Comprovada a cessão de mão-de-obra a empresa contratante dos serviços assim executados é obrigada a reter 11% (onze por cento) sobre o valor da nota fiscal, fatura ou recibo e é obrigada a recolher o valor retido à previdência Social, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento.

É obrigatória a retenção de 11% na contratação dos serviços de transportes, caso executados mediante cessão de mão-de-obra, no período até 05/2003.

A retenção não poderá ser exigida do tomador de serviço diante da existência de ação judicial interposta pelo prestador ou substituto processual com vistas a impedi-la, no período em que houver decisão que impeça a retenção.

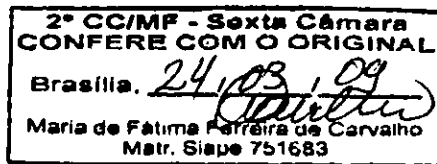
Indefiro o prazo para apresentação de documentos por não estarem configuradas as hipóteses legais que permitem a apresentação de prova documental após a impugnação.

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.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE."

Justificou que comprovada nos autos a existência de ação judicial, Mandado de Segurança nº 199.61.00.009815-0, impetrado, pela Empresa Breda Transportes e Serviços S/A impedindo-a de sofrer a retenção de que trata o artigo 31 da Lei nº 8212/91. Foi concedida medida liminar em 05/04/1999, com posterior sentença que concedeu a segurança, em



04/10/1999. Essa decisão foi objeto de apelação e remessa oficial, ambas providas pelo Tribunal Regional da 3ª Região em Acórdão publicado em 17/09/2002, tal decisão, embora possa ser objeto de recurso, foi a última proferida no referido processo, e os recursos cabíveis não têm efeito suspensivo.

Que dessa forma, não poderão ser exigidas do tomador dos serviços, BASF S/A, a retenção de que trata a Lei nº 8212/91, caso em que as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na contratação dos serviços, serão exigidas da contratada. Assim, o lançamento foi julgado procedente em parte, sendo retificado o débito para a exclusão das competências de 05/1999 a 08/2002, remanescendo apenas as contribuições relativas às competências de 09/2002 a 12/2002, uma vez que nesse período, já houvera sido provido o recurso de apelação do INSS.

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 a decisão restou acertada somente em parte, precisamente no que concerne à exclusão do período de 05/1999 a 8/2002, face a existência da segurança em favor da contratada, fazendo com a exigência fiscal restou retificada para 11.878,82. Contudo, a r. decisão merece reforma em parte, para excluir do lançamento os eventuais débitos referentes ao período de 09/20002 a 12/20002, uma vez que não foi aplicado corretamente o direito ao caso concreto;

Que a recorrente não pode concordar com a referida autuação, bem como com a decisão proferida pelo Ilmo Auditor Fiscal, vez que tanto a autuação como a decisão administrativa, entenderam que é devida a contribuição previdenciária com base em premissa que não se sustenta, vez que ambos presumiram que houve cessão de mão-de-obra na prestação de serviços de transporte, o que não corresponde à realidade fática;

Que a contratada, pode, 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 empregados seus, sob o poder de comando do tomador, de forma contínua; que a empresa contratada tem como objeto, a prestação de transporte de produtos; que esses serviços são prestados de forma eventual; que a empresa contratada não é oferecedora de mão-de-obra;

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. 281/294).

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 280.

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

Estes autos foram objeto de julgamento pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, que por meio do Decisório nº 317/2006, 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.312/385. Consta a informação fiscal, atestando que a fiscalização efetuou diligência na empresa, pois verificou que os contratos de prestação de serviços com a empresa BREDA TRANSPORTES E TURISMO LTDA, apresentados em contrato, cobriam apenas parte do período levantado, de 04/2000 a 09/2004, fls. 78. Emitiu TIAD solicitando cópias dos contratos de prestação de serviços relativos ao período completo do levantamento, de 05/1999 a 12/2002 e cópias das notas fiscais de serviços.

A empresa apresentou notas fiscais de serviço, fls. 360/383, contratos de prestação de serviços e aditamentos relativos ao período de 04/1998 a 09/2006, fls. 316/359. Esclareceu que, conforme contrato de prestação de serviços, observa-se certas obrigações da contratada características na cessão de mão-de-obra:

No item 1.2, fls. 316, o número de ônibus e motoristas deverão estar diariamente à disposição da contratante, bem como os horários das linhas a serem realizadas e os respectivos itinerários;

No item 5.2, fls. 318, salvo autorização expressa, é terminantemente proibido o transporte de quaisquer pessoas que não sejam funcionários da contratante;

No item 8.1, fls. 318, a contratada compromete-se a diligenciar para que os condutores dos veículos de sua propriedade sempre se apresentem convenientemente trajados, uniformizados e em condições de higiene, bem como obedecem as normas internas e de segurança industrial vigentes na sede da contratante;

No item 17.2, fls. 321, obedecer as regras e normas de segurança, higiene e ordem interna de acordo com as normas da contratante; etc.

A empresa, intimada do resultado da diligência, manifestou-se reiterando as razões anteriormente apresentadas. Concluiu alegando que a fiscalização não provou a realização dos serviços mediante cessão de mão-de-obra, não trazendo no relatório resultante da nova diligência, demais elementos necessários para viabilizar a correta decisão do caso.

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."

Cumpre 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.

6

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 05/1999 a 12/2002.

Esclareça-se, por oportuno, que a controvérsia cinge-se ao período de 09/2002 a 12/2002, em face da segurança concedida no MS nº 1999.61.00.00 9815-0, impedindo a contratante de efetuar a retenção, as contribuições relativas ao período de 05/1999 a 08/2002, foram excluídas do lançamento, remanescendo o período de 09/2002 a 12/2002, em face ao recurso de apelação do INSS provido, conforme Acórdão do TRF da 3ª Região, publicado em 17/09/2002, cuja exigência se mantém, de acordo com o disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98:

“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.

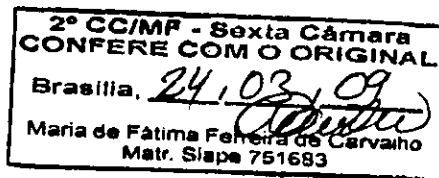
§ (...).

§ 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, destaco 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: inócência 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.

Não se pode olvidar, todavia, que 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, a exemplo do que estabelece o § 4º do citado artigo, 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.

Nesse sentido, é importante esclarecer que para que haja a retenção, não basta que o serviço esteja relacionado no § 2º do art. 219 do RPS, acima mencionado, é necessário, antes que seja demonstrada, pela autoridade lançadora, nos autos do procedimento fiscal, efetivamente a ocorrência de mão-de-obra cedida, da forma como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91. Esclareça-se por oportuno que todos os entendimentos se convergem no mesmo sentido de que para haver a retenção é imprescindível a demonstração da cessão de mão-de-obra.

No presente caso, ao contrário do entendeu a recorrente, a fiscalização baseou-se em contratos de prestação de serviços, para comprovar a existência da cessão de mão-de-obra. Com efeito, dos citados contratos, constam cláusulas que demonstram sem qualquer dúvida, a colocação de segurados à disposição da empresa contratante, para realização de serviços contínuos.

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.

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 nº 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, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo inalterada a Decisão-Notificação nº 21.434.4/00111/2006.

Sala das Sessões, em 08 de outubro de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA